1904
Stanford University Library
OCT
26
1904

Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Eduard Schwab

aus Glött,

Rechtspraktikant am k. Bezirksamt Kaufbeuren.

Approbiert am 29. April 1904.

Erlangen.

K. b. Hof- und Univ.-Buchdruckerei von Junge & Sohn.

1904.

52

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA40153716_0257

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Der Rücktritt des Täters in seiner Bedeutung für die Teilnehmer:

1. Ansicht: Der Rücktritt des Täters macht auch die Teilnehmer straflos 2

2. „ Der Rücktritt des Täters macht nur diesen, nicht auch die Teilnehmer straflos 24

II. Bedeutung des Rücktritts des Teilnehmers:

A. Anwendbarkeit des § 46 auf den Rücktritt des Teilnehmers: 25

a) Ist § 46 auf die Teilnehmer überhaupt anwendbar

1. Ansicht: § 46 ist nicht anwendbar 27

2. „ § 46 Ziff. 2 ist anwendbar, nicht aber Ziff. 1. 28

3. „ § 46 ist auf den Rücktritt des Teilnehmers anwendbar 32

b) Allgemeine Voraussetzungen für die Straflosigkeit des zurücktretenden Teilnehmers 38

Seite

B. Der Rücktritt des Teilnehmers im einzelnen:

I. Der Rücktritt des Mittäters 43

II. Der Rücktritt des Anstifters 49

III. Der Rücktritt des Gehilfen 53

Literaturverzeichnis.

v. Bar, Zur Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen (1859).

Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen (1888).

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts; 18. Aufl. (1898).

Binding, Normen.

—, Grundriß z. Vorles. über d. deutsche Str.R. 6 Aufl. (1901).

Birkmeyer, Die Lehre v. d. Teilnahme u. d. Rechtspr. d. d. Reichsgerichts (1890).

—, Enzyklopädie.

Buri, Zur Lehre von der Teilnahme (1860).

Entwurf I d. Strafgesetzbuchs f. d. nordd. Bund.

Finger, Lehrb. d. d. Str.R. (1904).

Frank, Strafgesetzbuch (1897).

Geib, Lehrb. d. d. Str.R. (1861).

Geyer in Holtzendorffs Handb. d. d. Str.R. (1871) Bd. 2.

Hälschner, Gemeines deutsches Strafrecht (1881) Bd. 1.

Hatzig, Über d. Rücktritt v. Vers. u. d. sog. tätige Reue; Berl. Diss. (1897).

Heins, Der Rücktritt des Mittäters; Gött. Diss. (1890).

Herzog sen. im Gerichtssaal Bd. 24 S. 434 ff.

Herzog Reinhold, Rücktritt v. Vers. u. tätige Reue (Würzburg 1889).

Janka, Österreichisches Strafrecht (1884).

Kohler, Studien aus dem Strafrecht Bd. 1 (1890).

v. Liszt, Lehrb. d. d. Str.R. 13. Aufl. (1903).

Luden, Handbuch d. Str.R. I (1842).

Merkel, Lehrb. d. d. Str.R (1889).

Meves im Ger.Saal Bd. 24 S. 161 ff.
— in Goltdammers Archiv Bd. 37 S. 397 ff.
H. Meyer, Lehrb. d. d Str.R. 5. Aufl. (1895).
Motive zum Str.G.B.
Ötker in d. Zeitschrift f. d. ges. Str.R.-Wissensch. Bd. 17 S. 53 ff.
Olshausen, Kommentar z. Str.G.B. 6. Aufl. (1901).
Oppenhoff, „ „ „ 13. Aufl. (1806).
Rüdorff, „ „ „ 3. Aufl. (1881).
Reichsgericht, Entsch. i. Str.S. Bd. 3 S. 249; Bd. 4 S. 290; Bd. 6 S. 341; Bd. 14 S. 19; Bd. 16 S. 347.
Schütze, Lehrb. d. d. Str.R. (1874).
Schwarze, Kommentar z. Str.G.B. (1876).
„ in Holtzendorffs Handb. d. d. Str.R. (1871) Bd. 2.
Seeger in Goltd. Arch. Bd. 18 S. 227 ff.
Zachariae, Die Lehre v. Versuch, II (1839).

Rücktritt vom Versuch und Teilnahme, beide gehören zu den umstrittensten Materien unserer Strafrechtswissenschaft. Kein Wunder also, wenn die gegenseitigen Beziehungen der beiden Materien zueinander ihrerseits wiederum eine Fülle von Zweifeln anregen, mannigfache Streitfragen aufwerfen und in manchen Punkten zu schroff gegensätzlichen Meinungen führen.

Bei der Frage nach der Bedeutung des Rücktritts vom Versuch für die Teilnahme sind vor allem zwei Gesichtspunkte maßgebend:

I. Der Rücktritt des Täters in seiner Bedeutung für die Teilnehmer.

II. Der Rücktritt des Teilnehmers. Hierbei fragt es sich:

1. Kann dem Rücktritt des Teilnehmers de lege lata eine Bedeutung überhaupt beigemessen werden?

2. Wenn ja, welches sind die diesbezüglichen Voraussetzungen und welches die daraus entspringenden Folgerungen?

I. Der Rücktritt des Täters in seiner Bedeutung für die Teilnehmer.

Maßgebend für das vorliegende Problem ist die Beantwortung der Frage:

Zieht der Rücktritt des Täters auch die Straflosigkeit der Teilnehmer nach sich, oder wirkt der Rücktritt des Täters nur in dessen Person, ohne die Teilnehmer straffrei zu machen?

Die Frage ist höchst bestritten. Wie unten des näheren zu beleuchten sein wird, hängt der Zwiespalt der Meinungen im großen ganzen von der verschiedenen juristischen Konstruktion des Rücktritts ab, welche dann bezüglich der Wirkungen des Rücktritts für die Teilnehmer zu abweichenden Konsequenzen führt.

In der Reihe derer, welche dem Rücktritt des Täters auch Straflosigkeit für die Teilnehmer beimessen, kämpft als erster v. Bar[1]). Seine Begründung ist insofern exzeptionell, als er im Gegensatz zu den anderen seine Ansicht nicht aus dem Wesen des Rücktritts, sondern aus der von ihm aufgestellten Teilnahmetheorie ableitet.

Bezüglich des Anstifters argumentiert Bar (S. 60) folgendermaßen:

„Der Anstifter will das Verbrechen, aber nur, insofern er einen bestimmten anderen zur physischen Ausführung bewegen kann. Er macht sein verbrecherisches Unternehmen durchaus davon abhängig, dass der physische Agent, den er auserwählt hat, tätig wird und diese seine Tätigkeit fortsetze (?). Das Aufgeben der verbrecherischen Tätigkeit geschieht daher, wenn auch gegen den Wunsch, so doch mit dem Willen des Anstifters (?), da dieser den ganzen verbrecherischen Plan von dem Willen des Angestifteten abhängig gemacht hat und abhängig machen wollte (?). Der Anstifter ist daher (wenn der Täter zurücktritt,) straflos."

---

[1]) v. Bar, Zur Lehre von Versuch und Teilnahme. 1859.

Es liegt auf der Hand, daß diese Ansicht unrichtig ist, weil sie auf einer völligen Verkennung des Wesens der Anstiftung beruht.

Der Anstifter will nicht, wenigstens nicht von vorneherein, seinen verbrecherischen Plan von dem Willen des Angestifteten abhängig machen dergestalt, daß er es in das Belieben des Angestifteten stellt, den Plan auszuführen oder nicht, er ordnet nicht seinen Willen dem Willen des Angestifteten unter, sondern umgekehrt: primär sucht der Anstifter den Willen dessen, den er zu einer Tat anstiften will, seinem Willen unterzuordnen, für seine Zwecke gefügig zu machen, und erst wenn ihm dies gelungen ist, gibt der Anstifter die allerdings selbständige Ausführung der Tat in die Hände des ihm gefügig gewordenen Angestifteten! Das Aufgeben der verbrecherischen Tätigkeit seitens des Angestifteten geschieht daher solchenfalls nicht nur gegen den Wunsch, wie Bar meint, sondern auch ganz gegen den Willen des Anstifters.

Ähnlich gegen Bar: Geyer in Holtzendorffs Handbuch d. Str. R. Bd. 2, S. 371. Buri, Zur Lehre von der Teilnahme S. 61, Nr. 2.

Die gleichen Ausführungen gelten bezüglich des intellektuellen Gehilfen, auf den Bar die Grundsätze hinsichtlich des Anstifters angewendet wissen will.

Was sodann die physische Beihilfe betrifft, so muß nach Bar (S. 78) „vermöge der Bedingtheit des Willens des Gehilfen durch die Ausführung des Urhebers der erstere, ebenso wie der Anstifter straffrei werden, wenn der Urheber den Versuch freiwillig aufgibt".

Ausschlaggebend ist hierbei wiederum der Barsche Begriff des Gehilfen. Bar sagt nämlich (S. 70): „Der

Gehilfe will das Verbrechen unter der Bedingung, daß eine bestimmte andere Person, der Urheber, sich zum Verbrechen bestimmt," und (S. 66) „Der Gehilfe will das Verbrechen, sofern ein anderer, der Urheber, die Haupthandlung übernehmen werde".

Zum mindesten ist der Barsche Begriff der Beihilfe deshalb nicht brauchbar, weil er zu eng ist und nicht allen Fällen der Beihilfe Rechnung trägt. Bedingung im technischen Sinn ist immer etwas Zukünftiges und Ungewisses; dieser Gedanke kommt auch im zweiten der oben zitierten Sätze (. . . übernehmen werde . . .) zum Ausdruck. Die Barsche Definition trifft daher nur die Fälle, in welchen der Gehilfe vor dem Täter tätig geworden ist, die Ausführungshandlung des Täters also zeitlich nachfolgt. Gewiß mag dies in vielen Fällen von Beihilfe zutreffen; ebensogut aber können die Ausführungshandlungen des Täters zeitlich mit der Tätigkeit des Gehilfen zusammentreffen oder sogar, teilweise wenigstens, derselben vorausgehen. Aber selbst wenn man Bedingung nicht im technischen, sondern im weitesten Sinn, also gleich Voraussetzung, nimmt, ist der Barsche Begriff der Beihilfe unzutreffend. Nicht lediglich unter der Bedingung oder Voraussetzung, daß der Urheber sich zum Verbrechen bestimmt, will der Gehilfe das Verbrechen, sondern: der Gehilfe will, daß der Urheber das Verbrechen ausführt, und in dem Bewußtsein, daß derselbe die Ausführung bereits begonnen hat, oder gegenwärtig darin begriffen ist, oder damit beginnen wird, will er zu dem beabsichtigten verbrecherischen Erfolg beitragen. Nachdem also die „Bedingtheit des Willens des Gehilfen durch die Ausführung des Täters" überhaupt in Abrede zu stellen ist, kann aus derselben auch nicht, wie Bar es tut,

die Straflosigkeit des Gehilfen beim Rücktritt des Täters gefolgert werden.

Abgesehen von Bar, der, wie erwähnt, durch seine Begründung eine gesonderte Stellung in der Behandlung der Frage einnimmt, haben sich die Streitenden im allgemeinen in zwei Lager geteilt, die, weil von zwei verschiedenen Voraussetzungen ausgehend, zu entgegengesetzten Ergebnissen kommen.

Die Wurzel des Gegensatzes liegt darin, daß die einen den Rücktritt als Schuldausschließungsgrund, die andern lediglich als Strafausschließungsgrund betrachten.

Der Klarheit halber mag es an dieser Stelle angebracht erscheinen, zu der diesbezüglichen Terminologie Stellung zu nehmen.

Schuldausschließungsgründe sind solche Umstände, welche zur Folge haben, daß ein Tatbestandsmerkmal fehlt und ein verbrecherischer Tatbestand daher überhaupt nicht gegeben ist (z. B. Notwehr; hier fehlt die Rechtswidrigkeit).

Unter Strafausschließungsgründen sind solche Umstände zu verstehen, welche eine an und für sich strafbare Tat dem gegenüber, in dessen Person sie vorliegen, straflos erscheinen lassen. Diese Straflosigkeit kann zufolge persönlicher Verhältnisse von vorneherein begründet sein (z. B. Diebstahl unter Ehegatten), oder erst nach begangener Tat entstehen, indem letzterenfalls der entstandene Strafanspruch des Staates nachträglich beseitigt wird (z. B. Abolition, Rücktritt vom Versuch). Vielfach werden Gründe dieser zweiten Alternative als Strafaufhebungsgründe bezeichnet; diese Bezeichnung ist insofern nicht ganz zutreffend, als in diesen Fällen nicht eine Strafe aufgehoben wird, sondern nur die Strafbarkeit. Korrekt wäre also eigentlich der

Ausdruck „Strafbarkeitsaufhebungsgründe“. Man versteht daher wohl richtiger unter Strafaufhebungsgründen nur diejenigen Umstände, welche eine ausgesprochene Strafe aufheben (z. B. Begnadigung nach dem Urteilsausspruch)[1]).

Vielfach findet sich eine Unterscheidung zwischen objektiven, sachlichen und subjektiven, persönlichen Strafausschließungsgründen. Diese Unterscheidung bedeutet aber nicht eine weitere Einteilung der Strafausschließungsgründe, sondern unter den subjektiven Strafausschließungsgründen werden die oben definierten Strafausschließungsgründe schlechthin, unter den objektiven Strafausschließungsgründen aber die Schuldausschließungsgründe verstanden.

Bei den folgenden Ausführungen ist der Unterscheidung zwischen Schuld- und Strafausschließungsgründen Raum gegeben.

Beim Vorliegen eines Schuldausschließungsgrundes kann also, wie bereits dargetan, eine Handlung deshalb nicht gestraft werden, weil sie sich objektiv nicht als Verbrechen darstellt; beim Vorliegen eines Strafausschließungsgrundes dagegen ist an sich ein Verbrechen gegeben und nur die Person desjenigen, bei dem der Strafausschließungsgrund vorhanden ist, genießt Straffreiheit.

Die praktische Bedeutung dieses Unterschiedes für die vorliegende Frage liegt auf der Hand:

Ist der Rücktritt Schuldausschließungsgrund, so liegt, wenn der Täter zurücktritt, ein Verbrechen überhaupt nicht vor, und die Teilnehmer sind infolge der akzessorischen Natur der Teilnahme dann ebenfalls straffrei.

[1]) So Birkmeyer, Encyklopädie, S. 1085.

Handelt es sich aber um einen Strafausschließungsgrund, so hat der Rücktritt des Täters nur für dessen Person strafbefreiende Wirkung, das Verbrechen als solches aber bleibt bestehen und die Teilnehmer sind infolgedessen strafbar.

Zunächst seien nun die Ausführungen derer betrachtet, die dem Rücktritt des Täters als einem Schuldausschließungsgrund die Folge der Straflosigkeit der Teilnehmer zusprechen.

Binding[1]) sagt in seiner neuesten Auflage (im Gegensatz zu den früheren Auflagen!) bezüglich des Anstifters und Gehilfen:

„Der freiwillige Rücktritt hebt allerdings nach richtiger Auffassung das Delikt auf: er gestaltet sich zur Resolutivbedingung für dasselbe. Auch will mir jetzt erscheinen, das Gesetzbuch wolle uns nicht zwingen, diese Auffassung zu verleugnen. Nur die Motive hegen diese Ansicht."

Was zunächst die Behauptung anlangt, der Rücktritt hebe das Delikt auf, gestalte sich zur Resolutivbedingung, so entbehrt dieselbe näherer Begründung; es kann also an dieser Stelle nicht weiter darauf eingegangen werden. Binding drückt sich sehr vorsichtig aus. Daraus, daß das Gesetz uns nicht zwingt, eine Ansicht zu verleugnen, mit anderen Worten: Daraus, daß eine Ansicht nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht unbedingt ausgeschlossen ist, folgt eben noch lange nicht, daß sie zwingend und allein richtig ist, und es ist damit jedenfalls noch nicht bewiesen, daß die entgegengesetzte Ansicht dem Gesetz widerspricht

---

[1]) Binding, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Strafrecht 6. Aufl. 1902, S. 126.

und falsch ist, um so weniger, wenn sich dieselbe, wie Binding selbst zugibt, auf die Motive zu stützen vermag!

Vielfach wird die Straflosigkeit der Teilnehmer beim Rücktritt des Täters aus dem Wortlaut des Gesetzes gefolgert:

So Baumgarten[1]): „Der Versuch“ wird für straflos erklärt, also nicht bloß für den Täter, sondern auch für die Teilnehmer. Dieser Satz ist eine notwendige Folge der akzessorischen Natur der Teilnahme und der Abhängigkeit aller Teilnehmer von der vorschreitenden oder zurückschreitenden Tätigkeit des Täters. Der Strafaufhebungsgrund ist eben objektiver und nicht bloß subjektiver Natur.“

Die Bezugnahme auf den Wortlaut des Gesetzes wird weiter unten, im Anschluß an die Ausführungen von Olshausen, kritisch zu beleuchten sein. Es mag an dieser Stelle genügen, auf Herzog sen.[2]) zu verweisen, der folgendes darüber schreibt: „Die Worte des § 46 „Der Versuch als solcher bleibt straflos“ haben lediglich den Sinn, daß sich die pro persona und nicht etwa in rem zugesicherte Straflosigkeit bei Versuchshandlungen nicht mit auf den sogenannten qualifizierten Versuch erstrecken solle“[3]).

Im übrigen ist auch die weitere Begründung Baumgartens, teilweise wörtlich, Olshausen entnommen, und wird daher ebenfalls dort näher zu behandeln sein.

Die Stellung Schützes[4]), der die Frage nur be-

---

[1]) Baumgarten, Die Lehre vom Versuch der Verbrechen 1888, S. 457.

[2]) Gerichtssaal Bd. 24, S. 457.

[3]) So neuerdings: Finger, Lehrb. des deutsch. Str. R. 1904, S. 319.

[4]) Schütze, Lehrb. des nordd. Str. R. 1871, S. 154.

züglich des Anstifters behandelt, ist nicht recht klar. Schütze sagt: „Der straflose sogenannte Rücktritt des angestifteten Täters macht auch den Anstifter straffrei, welcher die Anstiftung zurückgenommen hatte.“ Warum die Straffreiheit des Anstifters erst noch von der Zurücknahme der Anstiftung abhängen soll, leuchtet nicht ein, nachdem Schütze an anderer Stelle dem Anstifter ohnehin Straflosigkeit zusichert, wenn er die Anstiftung zurücknimmt und seine Tätigkeit wirkungslos gemacht hat. Es bleibt bei Schütze eben die Frage offen, welche Wirkung der Rücktritt des Täters auf den Anstifter übt, der die Anstiftung nicht erst zurückgenommen hat.

Meyer[1]) streift die Frage nur mit der Bemerkung, „dem freiwilligen Rücktritt des Täters sei eine Rückwirkung auf die Strafbarkeit des Teilnehmers zuzuschreiben, da mit der nachträglichen (?) Strafbarkeit der Tat selbst auch die Strafbarkeit der geleisteten Teilnahme hinwegfalle“. Auch hier fehlt eine nähere Begründung, die um so wünschenswerter wäre als der angeführte Satz sich nicht durch übergroße Klarheit auszeichnet.

Kohler[2]) meint:

„Der Rücktritt des Täters vom Versuch kommt allen Teilnehmern, auch dem Anstifter zu gut. Denn der Rücktritt ist eine Löschung des durch den Versuch Gesetzten, eine Löschung, welche deswegen möglich ist, weil das durch den Versuch Gesetzte überhaupt nur problematisch gesetzt ist, und weil durch diesen Rücktritt zugleich bekundet wird, daß es dem Täter im

---

[1]) H. Meyer, Lehrb. des deutsch. Str.-R. 5. Aufl., S. 227.

[2]) Kohler, Studien aus dem Str. R. Bd. 1, S. 143.

richtigen Moment an der richtigen Energie fehlte, welche zur Durchführung nötig ist.“

Allein das durch den Versuch Gesetzte kann eben keineswegs als durch den Rücktritt gelöscht angesehen werden; denn es ist nicht bloß „problematisch gesetzt“, sondern eine strafbare Tatsache, die sich nicht mehr aus der Welt schaffen läßt, am allerwenigsten durch den bloßen Hinweis darauf, daß der Zurücktretende durch den Rücktritt einen Mangel an richtiger verbrecherischer Energie bekundet hat. Kohler scheint im wesentlichen auf dem Boden der sogenannten Präsumptionstheorie zu stehen, auf die weiter unten (S. 19) noch näher einzugehen sein wird.

Die Hauptvertreter der Ansicht, daß der Rücktritt des Täters, weil Schuldausschließungsgrund, die Teilnehmer straflos mache, sind Olshausen[1]) und R. Herzog[2]).

Ersterer stützt seine Ansicht hauptsächlich auf den Wortlaut des § 46 und versucht den Nachweis, daß die Entstehungsgeschichte des Gesetzes dieser Ansicht nicht widerspreche. R. Herzog schließt sich der Ansicht Olshausens an und macht weiterhin geltend, daß die richtige Auffassung der Entstehungsgeschichte sogar positiv zur Annahme eines Schuldausschließungsgrundes führe.

Olshausen sagt[3]):

„Der Versuch als solcher bleibt straflos“, nicht, „wer einen Versuch unternommen hat, bleibt wegen des Versuches als solchen straflos.“ Es handelt sich

[1]) Olshausen, Kommentar z. St. G. B. § 46.

[2]) R. Herzog, Rücktritt v. Versuch und tätige Reue, Würzburg 1889.

[3]) Note 2 zu § 46.

hierbei nicht um einen bedeutungslosen Unterschied in der Ausdrucksweise, sondern um einen hinsichtlich der Strafbarkeit der Teilnahme erheblichen materiellen Unterschied. In klaren Worten spricht das Gesetz aus, daß die Tat straflos sein solle. Dem widersprechen die Motive keineswegs, wenn sie bezüglich Nr. 1 sagen, daß die freiwillige Aufgabe nur „für einen Ausschließungsgrund der an und für sich verwirkten Strafe zu erachten sei". Denn der Nachdruck liegt hier, wie auch äußerlich hervorgehoben ist, lediglich auf „Ausschließungsgrund", nicht aber auf den Worten „der an und für sich verwirkten Strafe".

„Der Umstand, daß es in den Fällen beider Nr. materiell um Strafaufhebungsgründe sich handelt, steht der objektiven Wirkung der im § 46 bezeichneten Gründe in keiner Weise entgegen; es ist lediglich Sache des Gesetzgebers, den Umfang der Wirkung zu bestimmen, im vorliegenden Fall ist aber jene nur „eine natürliche Konsequenz der Abhängigkeit aller Teilnehmer von der vorschreitenden oder zurückschreitenden Tätigkeit des Täters."

Was nun zunächst die Motive anlangt, so ist allerdings richtig, dass besondere Betonung auf das Wort „Ausschließungsgrund" gelegt ist. Durch die Betonung dieses Wortes sollte aber der richtigen Ansicht nach lediglich zum Ausdruck gebracht werden, daß im Gegensatz zum Entwurf I § 37, der die Verhinderung des Versuches infolge äußerer, vom Willen des Täters unabhängiger Umstände als Begriffsmerkmal des Versuches aufgenommen hatte, im R. St. G. B. das freiwillige Aufgeben aus Ausschließungsgrund der verwirkten Strafe aufgestellt ist. Das Wort „Ausschließungsgrund" als solches hat nun gar keinen Sinn, sondern

gewinnt erst einen Sinn durch das Attribut „der an und für sich verwirkten Strafe“, über welches sich Olshausen schlechterdings hinwegsetzt. Die „an und für sich verwirkte Strafe“ setzt aber notwendig einen verbrecherischen Tatbestand, eine Schuld des Täters voraus. Wenn nun diese „an und für sich“ verwirkte Strafe durch das Gesetz ausgeschlossen werden soll, so liegt doch darin keineswegs ausgesprochen, daß damit auch die Schuld ausgeschlossen sein soll, sondern es ist gerade das Gegenteil daraus zu folgern. Nach den Motiven soll also nicht die Strafbarkeit der Tat als solcher, sondern lediglich die Strafbarkeit des Täters ausgeschlossen sein.

Nach diesen Ausführungen ist es also wohl unzutreffend, wenn R. Herzog (S. 263) meint, man dürfe nicht „den Mut haben, diesen Ausdruck („Ausschließungsgrund“) ohne irgend welchen Anhalt (?) im Sinne eines „persönlichen“ Strafausschließungsgrundes zu verstehen“.

Die Ansicht Olshausens steht also entgegen seiner Behauptung in direktem Widerspruch mit den Motiven. Nun mag eingewendet werden: Das mache nichts; denn den Motiven komme eine bindende Kraft nicht zu, sondern nur dem Gesetze.

Es fragt sich also: Zwingt uns der Wortlaut des Gesetzes, im Rücktritt einen Schuldausschließungsgrund zu erblicken?

Zu dieser Frage nimmt Meves[1]) ausführlich Stellung:

„Wenn Olshausen und Herzog einen entscheidenden Wert auf die Fassung des Paragraphen legen, so ist ihnen die Frage entgegenzusetzen, weshalb der Gesetzgeber, wenn er objektive Straflosigkeit festsetzen wollte,

[1]) Meves in Goltdammers Archiv Bd. 37, S. 400.

von derjenigen Ausdrucksweise abgewichen ist, die er gleich darauf in den §§ 51—54 zur Anwendung gebracht hat. Die dort gebrauchte Wendung: „eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden“ läßt den Willen und die Absicht des Gesetzgebers klar erkennen, während die Wahl der Worte „bleibt straflos“ nicht notwendig auch die Schuldfrage verneint. Freilich wendet man ein, daß durch die Worte der Verschiedenheit des Falles und seine Abweichung von den Fällen der §§ 51 ff. hat dargelegt werden sollen. Während nämlich in den letztgedachten Fällen von vornherein jede Strafbarkeit der Handlung ausgeschlossen ist, begeht im Falle des § 46 der Täter zunächst Ausführungsakte, die strafbar sind und nur erst durch den späteren Hinzutritt der in dem Paragraph gekennzeichneten Tätigkeit straflos werden. Allein abgesehen davon, daß bei dieser Auslegung das Wort „bleibt“ einen peinlichen Eindruck macht, hat auch das St.G.B. eine Reihe von Vorschriften, in welchen es sich der gleichen Wendung zur Bezeichnung einer von vornherein begründeten Straflosigkeit bedient (z. B. §§ 173, 247 u. s. w.). Wenn nun auch zuzugeben ist, daß diese Erwägungen zur Widerlegung der auf den Wortlaut des § 46 gestützten Auffassung nicht ausreichen, so wird doch aus ihnen ersichtlich, daß das Fundament dieser Auffassung kein durchaus festes und sicheres ist, und daß der Wortlaut allein den Satz von der objektiven Straflosigkeit des Versuchs nicht zu stützen vermag.“

Mit anderen Worten: Die Fassung des § 46 kann an und für sich sehr wohl zu der Ansicht führen, daß der Rücktritt einen Schuldausschließungsgrund bilde; sie zwingt uns aber keineswegs zu dieser Ansicht, sondern läßt umgekehrt sehr wohl die Auffassung zu,

daß der Rücktritt nur einen persönlichen Strafausschließungsgrund enthalte.

Faßt man die Gesamtheit der vorstehenden Ausführungen zu einem Endresultat zusammen, so ergibt sich:

1. Die Ansicht Olshausens vermag sich zwar auf den Wortlaut des Gesetzes zu stützen, sie steht aber in Widerspruch mit den Motiven.

2. Der Wortlaut des Gesetzes zwingt uns aber nicht zu der Anschauung Olshausens, sondern läßt auch die entgegengesetzte Auffassung zu, welche Gesetz und Motive miteinander in Übereinstimmung bringt.

Wenn nun eine Ansicht sich zwar auf den Wortlaut des Gesetzes zurückführen läßt, mit den Motiven aber direkt in Widerspruch steht, so ist derselben jedenfalls eine Auffassung vorzuziehen, welche nach dem Wortlaut des Gesetzes durchaus möglich ist und dieses noch dazu mit den Motiven in Einklang bringt, ganz abgesehen von den weiteren Gründen, die sich dafür geltend machen lassen und die weiter unten noch zu behandeln sein werden.

Als Schlußfolgerung aus alledem ergibt sich, daß die Fassung des Gesetzes, die zwei sich völlig entgegenstehende Auffassungen zuläßt, eben keine glückliche genannt werden kann.

R. Herzog schließt sich, wie bereits erwähnt, der Ansicht Olshausens an und versucht außerdem noch den Nachweis, daß das richtige Verständnis der Entstehungsgeschichte zur Annahme eines Schuldausschließungsgrundes führe, indem er die sonst übliche Interpretation der Entstehungsgeschichte, wie sie namentlich das Reichsgericht[1]) vertritt, als un-

[1]) R.G.Entsch. Bd. 3, S. 249, Bd. 4, S. 290, Bd. 6, S. 341, Bd. 16, S. 347 u. a. a. O.

richtig bezeichnet. Diese letztere Auffassung geht, wie bereits oben (S. 11) angeführt, davon aus, daß im Entwurf I § 37 die Unfreiwilligkeit der Nichtvollendung des Reates als Begriffsmerkmal des strafbaren Versuches in die Definition desselben aufgenommen worden sei, während im R.St.G.B. der freiwillige Rücktritt nicht mehr als negatives Tatbestandsmerkmal, sondern nur als Strafausschließungsgrund aufgefaßt worden sei, wie sich aus der äußeren Scheidung in zwei gesonderte Paragraphen und aus den Motiven ergebe.

Dem gegenüber behauptet R. Herzog[1]), auch das St.G.B. wolle den Rücktritt als negatives Tatbestandsmerkmal aufgefaßt wissen, die Trennung in zwei Paragraphen sei nur aus prozessualen Rücksichten erfolgt, und tritt für diese Ansicht einen 12 Seiten langen Beweis an, der hauptsächlich auf dem Gang der Verhandlungen über den III. Entwurf basiert.

Diese Auffassung darf wohl als widerlegt gelten durch die zutreffenden Ausführungen von Meves[2]), deren wesentlicher Inhalt folgender ist:

„Nur da, wo die Unklarheit des Gesetzes zu unsicheren Schlüssen verleite, habe die Entstehungsgeschichte ihren Wert als Interpretationsbehelf. § 43 habe nun abweichend vom Preuß. St.G.B. den freiwilligen Rücktritt nicht mehr in die Definition des Versuches aufgenommen, somit ihn nicht mehr zu einem, wenn auch nur negativen Tatbestandsmerkmal desselben gemacht. Es sei daher jede, den Entschluß der Begehung eines Verbrechens oder Vergehens kundgebende Hand-

[1]) So offenbar auch Berner, Lehrb. d. d. Str.R. 18. Aufl. 1898; S. 165 Anm. 1, der allerdings eine nähere Begründung nicht gibt.

[2]) Goltdammers Archiv Bd. 37, S. 401.

lung, welche einen Anfang der Ausführung des gewollten Delikts enthalte, eine strafbare Versuchshandlung und geeignet, den Tatbestand des § 43 zu erfüllen. Wenn nun § 46 Straflosigkeit verkünde, sobald der Erfolg durch freiwilligen Rücktritt oder tätige Reue abgewendet werde, so stelle er dieses spätere Verhalten des Täters als eine besondere Handlung hin, durch welche nicht sowohl der Tatbestand des Versuchs abgeändert oder modifiziert werde, als vielmehr nur die Straffolgen der Versuchshandlung aufgehoben werden sollen."

Wenn der Gesetzgeber den Rücktritt wirklich als Tatbestandsmerkmal des strafbaren Versuchs hätte angesehen wissen wollen, so hätte er eben den Tatbestand des jetzigen § 46 mindestens als weiteren Abschnitt mit in den § 43 aufnehmen müssen und den Rücktritt nicht erst 3 Paragraphen weiter hinten (!) in einem selbständigen Paragraphen (!) behandeln dürfen; denn sonst hätte sich das wunderliche Resultat ergeben, daß der in sich abgeschlossene § 43 überhaupt nur einen Bruchteil eines verbrecherischen Tatbestandes enthalten, somit in der Luft hängen würde.

Dazu kommen noch weitere Erwägungen mehr praktischer Art: Wenn der Rücktritt negatives Tatbestandsmerkmal wäre, so müßte jedesmal bei Verurteilung wegen Versuchs im Urteil festgestellt werden, daß ein freiwilliger Rücktritt nicht vorgelegen habe. Diese Behauptung kann nicht dadurch entkräftet werden, daß R. Herzog (S. 273) meint, das brauche es nicht, denn sonst müßte ebenso gut bei jedem Angeklagten unter Zuziehung mehrerer Ärzte seine Zurechnungsfähigkeit festgestellt werden. Denn es besteht doch ein großer Unterschied zwischen einer so allgemeinen durchgreifenden, subintellegierten Voraussetzung für das Vor-

handensein eines verbrecherischen Tatbestandes, wie es die Zurechnungsfähigkeit des Täters ist, und einer so speziellen, nur für den Versuch in Frage kommenden, wie es das Nichtvorhandensein eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch sein würde. Es erscheint daher gerechtfertigt zu sagen: Wenn ebenso wie die Zurechnungsfähigkeit auch der Mangel des Rücktritts tatsächlich nicht erst in jedem Falle besonders im Urteil festgestellt zu werden braucht, so liegt der Grund nicht darin, daß dies, wenn wirklich der Rücktritt Tatbestandsmerkmal wäre, nicht notwendig sein würde, sondern darin, daß er eben kein Tatbestandsmerkmal ist.

Erscheint somit nach den gesamten bisherigen Ausführungen die Ansicht, daß der § 46 einen Schuldausschließungsgrund enthalte, im einzelnen nicht begründet, so ergibt sich weiterhin ganz allgemein aus dem Begriff des Schuldausschließungsgrundes, daß eine derartige Begründung überhaupt nicht möglich ist.

Ein Schuldausschließungsgrund kann immer nur auf einem Rechtsgrund basieren, insofern nämlich, als er den Mangel eines Tatbestandsmerkmales voraussetzt.

Es fragt sich also: Fehlt infolge des Rücktritts ein Tatbestandsmerkmal des strafbaren Versuchs, bezw. ist mit dem Rücktritt ein negatives Tatbestandsmerkmal gegeben, dessen Vorhandensein den Tatbestand des strafbaren Versuchs ausschließt?

1. Daß der Rücktritt selbst nicht als ein negatives Tatbestandsmoment in dem eben genannten Sinn anzusehen ist, wurde bereits oben — gegenüber R. Herzog — ausgeführt.

2. Vielfach wird die Ansicht vertreten, daß infolge des Rücktritts der verbrecherische Wille aufgehoben sei bezw. überhaupt als ausgeschlossen zu gelten habe.

Ein Eingehen auf die Einzelheiten würde hier zu weit führen; überdies ist die Frage bereits der Gegenstand unfangreicher Ausführungen gewesen[1]).

Es mag also genügen, im großen und ganzen hierzu Stellung zu nehmen.

Die sog. Annullationstheorien (im Anschluß an die Terminologie von R. Herzog) behaupten, durch den Rücktritt werde der ursprünglich vorhandene verbrecherische Wille und damit der verbrecherische Versuch nach rückwärts vernichtet[2]).

Allein der einmal vorhandene verbrecherische Wille kann eben nicht mehr mit rückwirkender Kraft annulliert, sondern höchstens kann sein Fortbestand aufgehoben werden. Die Tatsache, daß er vorhanden war, bleibt unter allen Umständen bestehen, und damit eben auch die Tatsache, daß ein verbrecherischer Versuch gegeben war.

Die Nullitätstheorie[3]) nimmt an, ein verbrecherischer Wille sei angesichts des Rücktritts überhaupt nicht vorhanden gewesen. Zum Versuch gehöre der Wille der Vollendung, der erst rechtliche Bedeutung erlange, wenn er während der ganzen verbrecherischen Handlung betätigt werde. Da infolge des Rücktritts die verbrecherische Tätigkeit nicht durchgeführt werde, sei der verbrecherische Vollendungswille überhaupt nicht zur rechtlichen Entstehung gelangt. Daher sei kein strafbarer Versuch vorhanden.

---

[1]) Insb. R. Herzog S. 147 ff.; Hatzig, Über d. Rücktritt v. Versuch u. d. sog. tätige Reue, Berl. Diss. 1897 S. 75 ff.

[2]) So insb. Zachariae, Die Lehre v. Versuch, 1839, Bd. 2 S. 240 ff.; Geib, Lehrb. d. d. Str.R. 1861. S. 312.

[3]) Ludenb, Hand. d. Str.R. Bd. 1, S. 420; Seeger in Goltdammers Archiv Bd. 18, S. 233.

Demgegenüber ist lediglich darauf hinzuweisen, daß de lege lata der verbrecherische Wille als mit dem Beginn der Ausführungshandlungen existent geworden anzusehen ist!

Die sog. Infirmitätstheorie[1]) macht geltend, daß aus dem Rücktritt auf einen nicht sehr beharrlichen verbrecherischen Willen geschlossen werden müsse, sodaß aus diesem Grunde die Strafbarkeit des Versuchs ausgeschlossen sei.

Allein die Beharrlichkeit und Festigkeit des verbrecherischen Willens darf nicht zur Voraussetzung der Strafbarkeit gemacht werden; wenn der verbrecherische Wille auch nur schwach war, vorhanden war er einmal! Die geringere Intensität des verbrecherischen Willens wäre höchstens bei der Strafzumessung in Erwägung zu ziehen.

Die Präsumptionstheorie[2]) geht davon aus, daß der Versuch eigentlich straflos sein müßte und findet den Rechtfertigungsgrund der Strafbarkeit des Versuches in der beim Versuch im gleichen Grade wie beim vollendeten Verbrechen begründeten Überzeugung, daß eine wirkliche „Verbrechenspotenz" vorliege, nämlich „eine menschliche Energie, welche ein Verbrechen bis zur Vollendung durchzuführen vermöge". Diese beim Versuch präsumierte Verbrechensenergie sei jedenfalls nicht gegeben beim Rücktritt, und darum resultiere aus ihrem Mangel die Straflosigkeit des Rücktritts.

Allein es ist denn doch nicht angängig, die Strafbarkeit des Versuchs mit der bloßen Präsumtion der Verbrechenspotenz zu erklären. Denn wie die Definition

---

[1]) Schwarze in Holtzend. Handbuch Bd. 2, S. 305.

[2]) Insb. R. Herzog S. 168 ff. namentl. S. 174.

des Versuchs zeigt, will das Gesetz die Strafbarkeit des Versuchs nicht auf eine bloße Präsumtion des verbrecherischen Willens, welche durch eine gegenteilige Tatsache entkräftet werden könnte, gegründet wissen, sondern geht davon aus, daß ein verbrecherischer Entschluß strafbar geworden ist, sobald er durch den Anfang von Ausführungshandlungen in die Tat umgesetzt wurde. Das Gesetz knüpft also die Strafbarkeit des Versuchs an eine Tatsache, die, einmal vorhanden, sich eben nicht mehr aus der Welt schaffen läßt. Da also die Präsumptionstheorie als solche nicht haltbar erscheint[1]), darf aus ihr auch nicht die Straflosigkeit des Rücktritts abgeleitet werden.

3. Binding hält zufolge des Rücktritts das Tatbestandsmoment der Rechtswidrigkeit für nicht gegeben[2]).

„Der Grund (der Straflosigkeit des Rücktritts) liegt darin, daß, was zum Verbrechen geschah, ungeschehen gemacht wird, daß die zum Erfolg wirkenden Bedingungen als solche nicht vernichtet werden — — —."

„Jene Straflosigkeit ist also keineswegs nur ein Postulat der Klugheit, sondern wurzelt in der wegfallenden Rechtswidrigkeit der Handlung."

Dem ist entgegenzuhalten: Allerdings werden durch den Rücktritt die auf den verbrecherischen Erfolg hinwirkenden Bedingungen unwirksam gemacht; sie werden aber nicht in der Weise annulliert, daß sie als niemals vorhanden zu betrachten sind. Vielmehr bleibt die Tatsache, daß sie vorhanden waren, und mit ihr die einmal gegebene Rechtswidrigkeit nach wie vor bestehen.

Auf einen Mangel anderer als der erwähnten Tat-

---

[1]) So auch Ötker, Zeitschr. f. d. gesamte Str.R. Wissensch. Bd. 17, S. 68 Anm.; Janka, Österr. Str.R. § 65 II, S. 142.

[2]) Normen Bd. 2, S. 250, 251, Bd. 1, S. 117.

bestandsmomente ist bisher die Straflosigkeit des Rücktritts nicht gestützt worden. Nach dem Inhalt der Materie ist dies auch von vornherein ausgeschlossen.

Nach alledem ergibt sich, daß die Straflosigkeit des Rücktritts nicht aus dem Fehlen einen Tatbestandsmerkmals gefolgert, mithin nicht auf einen Rechtsgrund zurückgeführt werden kann. Daher darf der Rücktritt nicht als Schuldausschließungsgrund angesehen werden.

Maßgebend für die Beurteilung des Wesens des Rücktritts ist vielmehr, daß die Straflosigkeit des Rücktritts lediglich als auf kriminalpolitischen Gründen beruhend anzusehen ist.

Bezüglich Nr. 2 des § 46 sprechen schon die Motive klar und deutlich aus, daß dieselbe „auf kriminalpolitischen Gründen beruhe". Wenn nun auch eine derartige Auslassung der Motive nicht bindend ist, „gleichgiltig", wie R. Herzog[1]) meint, ist sie deshalb denn doch nicht, und zwar um so weniger, als sie tatsächlich das Richtige trifft. Denn ein Rechtsgrund kann für die tätige Reue, wie oben ausgeführt, nun einmal nicht aufgefunden werden, und es sind R. Herzog seine eigenen Worte entgegenzuhalten, „daß man eben das, was man (mit Rechtsgründen) nicht erklären kann, im Strafrecht als auf kriminalpolitischen Rücksichten beruhend ansieht[2])". Es fragt sich nun, ob dasselbe für § 46 Nr. 1 gelten darf. Nach den bisherigen Ausführungen ergibt sich eine bejahende Antwort hierfür ohne weiteres daraus, daß für den Rücktritt vom unbeendigten Versuch in gleicher Weise wie für die tätige Reue ein Rechtsgrund schlechterdings unauffindbar ist.

---

[1]) S. 217.
[2]) S. 217.

Damit erledigt sich die Behauptung R. Herzogs von selbst, der meint[1]), „man könnte aus dem Umstand, daß die Motive nur im zweiten Fall kriminalpolitische Rücksichten heranziehen, viel eher den Schluß ziehen, daß sie im ersten einen Rechtsgrund angenommen hätten".

Die Ansicht, daß für die Straflosigkeit in Nr. 1 und 2 des § 46 lediglich kriminalpolitische Gründe bestimmend waren, hat auch das Reichsgericht seither wiederholt vertreten, namentlich in einer Entscheidung des II. Strafsenats vom 6. Juni 1882[2]), wenn auch teilweise mit anderer Begründung:

„Stünde die Vorschrift in § 46 Nr. 1 für sich allein, so wäre eher ein Zweifel darüber gerechtfertigt, ob nicht die Straflosigkeit des nicht beendeten Versuchs bei freiwilligem Rücktritte auf die Annahme einer Schwäche des verbrecherischen Willens, mithin auf die Annahme einer mangelnden Verschuldung zurückzuführen sei[3]). Allein die Nr. 1 des § 46 steht im Zusammenhang mit der Nr. 2, welche bei dem beendeten Versuch den freiwilligen Rücktritt unter gewissen Voraussetzungen mit Straflosigkeit für die Straftat belohnt. In dem Falle dieser Nr. 2 . . . liegt in der vorangegangenen Tätigkeit eine strafbare Schuld vor. Die nachfolgende Tätigkeit vermag den Charakter der Handlung nicht zu ändern; die Straflosigkeit beruht hier also nicht auf einem in der Handlung selbst zu suchenden, die Schuld aufheben-

[1]) S. 218.

[2]) R.G.Entsch. Bd. 6, S. 341.

[3]) Daß ein derartiger Zweifel keinesfalls gerechtfertigt wäre, da die Schwäche des verbrecherischen Willens die Tatsache der vorhandenen Schuld nicht auszuschließen, sondern höchstens deren Grad zu mindern vermag, ist bereits oben (S. 19) angeführt.

den Grunde, sondern auf Zweckmäßigkeitsrücksichten, welche im Interesse der Rechtssicherheit eine Beförderung der tätigen Reue empfehlen. In den Motiven zu §§ 43—46 des Entwurfs des deutschen Strafgesetzbuchs wird demgemäß die Vorschrift in Nr. 2 des § 46 als auf kriminalpolitischen Gründen beruhend bezeichnet. Dasselbe muß auch für die Vorschrift in Nr. 1 des § 46 gelten, da sie mit jener auf gleiche Linie gestellt ist."

R. Herzog greift dieses Urteil an[1]) und wirft dem Verfasser Mangel an Logik vor. Mögen nun auch Einzelheiten in der Fassung des Urteils nicht geglückt sein: jedenfalls ist der in dem Urteil ausgesprochene Grundgedanke richtig, daß der Rücktritt vom beendeten wie der vom unbeendeten Versuch unter dem gleichen Gesichtswinkel und nur als Unterscheidungen des Rücktritts im weiteren Sinne anzusehen sind, welche zwar im Gesetzestext getrennt, in ihrer Wesenheit aber als homogen aufzufassen sind. Diese Tatsache aber darf dann doch auch dazu benützt werden, um damit jeden etwa noch vorhandenen Zweifel, daß auch § 46 Z. 1 keinen Schuldausschließungsgrund enthalte, sondern nur auf kriminalpolitischen Erwägungen beruhe, auszuschließen.

Welches ist nun der Inhalt dieser kriminalpolitischen Rücksichten? Die Antwort ist einfach: Die Tendenz des § 46 geht dahin, durch Verheißung der Straflosigkeit auch nach begonnener Ausführung der Tat in der Person des Täters die von der Erzielung des verbrecherischen Erfolges abhalten Gegenreize zu stärken, somit der Begehung von Verbrechen dadurch wirksam ent-

---

[1]) S. 216 ff.

gegenzusteuern, daß dem bereits straffällig gewordenen Täter als Belohnung für seinen Rücktritt Straffreiheit in Aussicht gestellt und so „eine goldene Brücke zum Rückzug gebaut wird“ (Liszt)[1]).

Zieht man nun nach den gesamten bisherigen Ausführungen in Erwägung, einmal, daß die Straflosigkeit des Rücktritts nur auf kriminalpolitischen, also auf Zweckmäßigkeitsgründen, nicht auf einem Rechtsgrunde beruht, ferner, daß diese Utilitätsgründe nicht die Tat als solche, sondern einzig und allein die Person des Zurücktretenden ins Auge fassen, so ergibt sich daraus mit zwingender Notwendigkeit, daß der Rücktritt vom Versuch nicht ein objektiv wirkender Schuldausschließungsgrund, sondern nur ein subjektiv wirkender Strafausschließungsgrund ist. Daraus folgt:

„Der Rücktritt des Täters macht nur diesen, nicht auch die Teilnehmer straffrei.“

Diese Ansicht ist denn auch die überwiegende geworden; so insbesondere:

Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts, S. 156.

Frank, Str.G.B. § 46, V.

Geyer, in Holtzendorffs Handb. des deutschen Str.R. Bd. 2, S. 371, 400.

Hälschner, Gem. deutsches Str.R. Bd. 1, S. 362.

Hatzig, Über den Rücktritt v. Vers. u. die sog. tätige Reue, S. 58.

Herzog sen. im Gerichtssaal, Bd. 24, S. 456.

v. Liszt, Lehrbuch, S. 215.

Merkel, Lehrbuch, S. 134.

---

[1]) Ähnlich: Meves in Goltdammers Archiv Bd. 37, S. 402; Finger, S. 319.

Meves im Gerichtssaal, Bd. 24, S. 173; in Goltdammers Archiv, Bd. 37, S. 402.

Oppenhoff, Str.G.B. zu § 46.

Rüdorff, Komm. z. Str.G.B. zu § 46.

Schwarze, Komm. z. Str.G.B. zu § 46; Reichsgericht, namentlich in den oben (S. 14) angeführten Entscheidungen.

Bezüglich des Mittäters nehmen auch Vertreter der entgegengesetzten Ansicht an, daß der Rücktritt des einen Mittäters die andern nicht straflos mache, so:

Baumgarten, S. 457, Anm. 10.

Binding, Grundriß, S. 126.

Olshausen, § 47, Note 27.

II. Die Bedeutung des Rücktritts des Teilnehmers.

A. Anwendbarkeit des § 46 auf den Rücktritt des Teilnehmers.

Bevor auf den Rücktritt der Teilnehmer im einzelnen eingegangen werden kann, ist erst die Frage aufzuwerfen: Kann sich der Teilnehmer, welcher die Voraussetzungen des § 46 erfüllt, überhaupt auf die darin ausgesprochene Straflosigkeit berufen?

Der Mittäter zweifellos. Denn er vollzieht Ausführungshandlungen, ist also „Täter“. Darüber besteht auch in der gesamten Literatur keinerlei Streit. Für die hier zunächst zu beantwortende Frage kommt der Mittäter infolgedessen überhaupt nicht weiter in Betracht. Wenn daher im folgenden der Einfachheit und Kürze halber schlechthin vom Rücktritt des „Teilnehmers“ gesprochen wird, so sind darin nur Anstifter und Gehilfe inbegriffen (so übrigens auch Liszt S. 225). Erst wenn es sich darum handelt, die allgemeinen Voraussetzungen

für die Straflosigkeit des zurücktretenden Teilnehmers zu prüfen (S. 38), gelten die diesbezüglichen Ausführungen auch für den Mittäter.

Bezüglich des Anstifters und Gehilfen ist nun die oben aufgeworfene Frage sehr bestritten. An sich wäre diese Frage müßig, wenn es sich dabei nur um den Rücktritt vom Versuch der Teilnahme handeln könnte. Denn nach der übereinstimmenden Ansicht aller (Hälschner allein ausgenommen)[1]) gibt es de lege lata keinen strafbaren Versuch der Teilnahme, wiewohl derselbe begrifflich denkbar wäre[2]).

Vielmehr gewinnt die Frage nach einer andern Richtung hin erst Bedeutung, indem scharf zu unterscheiden ist zwischen Rücktritt vom Versuch der Teilnahme und Rücktritt von der Teilnahme an einem Versuch, d. h. an einem im Versuchsstadium befindlichen Verbrechen. Die Unterlassung dieser Unterscheidung hat vielfach zu Unklarheit und Verwirrung geführt.

Wenn nämlich die Tat bereits im Stadium des — sei es unbeendeten, sei es beendeten — strafbaren Versuchs sich befindet, kann dann der Teilnehmer sich dadurch noch Straflosigkeit sichern, daß er Handlungen vornimmt, welche den Voraussetzungen des Gesetzes entsprechen? Findet unter diesen Umständen § 46 auf den Rücktritt des Teilnehmers Anwendung?

Die Frage ist Gegenstand des lebhaftesten Streits, indem unter der verschiedenartigsten Begründung die einen die Anwendbarkeit des § 46 auf den Rücktritt des Teilnehmers überhaupt verneinen, andere zwar Nr. 2

---

[1]) Bezüglich der Beihilfe: Gem. des Str.R. Bd. 1, S. 386.

[2]) Hälschner kommt übrigens praktisch zu dem gleichen Ergebnis, indem er Straflosigkeit des Rücktritts vom Versuch der Teilnahme annimmt.

dem zurücktretenden Teilnehmer zugute kommen lassen wollen, nicht aber Nr. 1, wieder andere endlich die Bestimmungen beider Nr. des § 46 auf den zurücktretenden Teilnehmer angewendet wissen wollen.

Was zunächst die Vertreter der Ansicht, daß § 46 auf die Teilnehmer überhaupt unanwendbar sei, anlangt, so hat Meves ursprünglich[1]) diese Meinung, obwohl er sich über die bedenklichen Konsequenzen derselben völlig im klaren war, vertreten, neuerdings[2]) aber den entgegengesetzten Standpunkt eingenommen.

Schütze hält Rücktritt vom Versuch der Teilnahme und von der Teilnahme am Versuch nicht scharf auseinander. Er sagt[3]): „Die Bestimmungen des § 46 beziehen sich nur auf den Täter, nicht auf dessen Anstifter; überdies gibt es keinen strafbaren Versuch der Anstiftung.“ Andrerseits gesteht Schütze einige Zeilen weiter oben dem Anstifter doch Straflosigkeit zu, wenn er seine Anstiftung ernstlich und „rechtzeitig“ zurücknimmt. Wie freilich das Wort „rechtzeitig“ zu verstehen sei, d. h. ob der Anstifter nur vor dem Beginne der Ausführungsverhandlungen des Angestifteten wirksam zurücktreten könne oder auch noch nach Beginn derselben, darüber läßt sich Schütze nicht aus.

Der hauptsächlichste Vertreter der Ansicht, daß § 46 nur auf den Täter, nicht auch auf die Teilnehmer Anwendung finde, ist Olshausen[4]), dessen Ausführungen von seinem Standpunkt aus durchaus folgerichtig sind:

„Der „Täter“ muß in einer in der Nr. 1 und 2 näher bestimmten Weise sich verhalten, wenn Straf-

---

[1]) Gerichtssaal, Bd. 24, S. 173.

[2]) Goltdammers Archiv, Bd. 37, S. 405; s. u. S. 34, 35.

[3]) S. 154.

[4]) Note 7 zu § 46.

losigkeit des Versuchs eintreten soll. Es fragt sich, in welchem Sinne das Wort „Täter“ zu verstehen ist, ob in dem technischen, d. h. also im Gegensatz zu dem „Teilnehmer“, der nicht Täter ist, oder in dem weitesten Sinne, als „der die Straftat — hier den strafbaren Versuch — Verübende“. Daraus, daß das Gesetz im § 46 einen objektiv wirkenden Strafaufhebungsgrund statuierte (Note 2) folgt, daß „Täter“ nur im technischen Sinne gemeint sein kann; denn nur wenn der Versuch als solcher im Resultat annulliert ist, tritt Straflosigkeit für alle Teilnehmer ein. Jene Annullierung kann aber der Natur der Sache nach nur vom „Täter“ im engeren Sinne ausgehen; deshalb tritt für den Anstifter und Gehilfen auf Grund einer von diesen geübten Tätigkeit niemals Straflosigkeit ein.“

Die Ansicht Olshausens, so logisch sie durchgeführt ist, basiert auf der oben bekämpften Anschauung, daß § 46 einen Schuldausschließungsgrund enthalte. Da diese Auffassung, wie oben ausgeführt, als unrichtig anzusehen ist, fallen damit alle hieraus gezogenen Konsequenzen als gleichfalls unrichtig in sich selbst zusammen. Denn wenn der Rücktritt nur persönlicher Strafausschließungsgrund ist, so steht nichts im Wege, die Straflosigkeit auch dem zurücktretenden Teilnehmer zukommen zu lassen.

Herzog sen.[1]) — ihm schließt sich an Baumgarten S. 457 ff. — billigt dem zurücktretenden Teilnehmer zwar im Falle des § 46 Z. 2 Straflosigkeit zu, nicht aber im Falle des § 46 Z. 1.

Er sagt: (S. 457) „. . . Zweifellos ist, daß unter dem Täter des § 46 Z. 1 nur der Täter im engeren

[1]) Gerichtssaal, Bd. 24, S. 457 ff.

Sinne verstanden werden muß, da nur dieser, nicht aber auch ein Anstifter oder Gehilfe, die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgeben kann . . .“

(S. 459) „. . . Hingegen kann man sich (bezüglich § 46 Z. 2) nur für diejenige Auslegung entscheiden, welche dem Wortverstand nach nicht unmöglich, der logischen Konsequenz nach aber geradezu notwendig ist: Dafür, daß die Bestimmungen in § 46 Z. 2 für jeden Beteiligten an einer Straftat Geltung haben . . .“

Das Bedenkliche dieser Ansicht liegt auf den ersten Blick klar. Beim Rücktritt des Teilnehmers vom beendeten Versuch soll also die Straflosigkeit notwendig logische Konsequenz sein, beim Rücktritt vom unbeendeten Versuch dagegen nicht, da eben der Gesetzestext dagegen spreche! Demnach wäre der Anstifter, welcher einen beendeten Giftmordversuch durch Gegengift vereitelt, straflos, nicht dagegen der Anstifter, wenn er dem Angestifteten die Mordwaffe entreißt, die dieser auf das ausersehene Opfer angelegt hat! Wo bleibt hier die logische Konsequenz? Soll wirklich der Buchstabe des Gesetzes zu einem Unsinn zwingen, oder sind Rücktritt vom unbeendeten Versuch und tätige Reue etwas ihrer Wesenheit nach so Grundverschiedenes, daß so diametral entgegengesetzte Folgerungen logisch gerechtfertigt wären? Die Frage aufwerfen heißt sie verneinen!

Auch Liszt — dessen Ausführungen sich teilweise wörtlich Hatzig (S. 57 und 58) anschließt — hält § 46 Z. 2 auf den Rücktritt des Teilnehmers für anwendbar, nicht aber § 46 Z. 1, und sucht in den letzteren Fällen die Straflosigkeit des Teilnehmers aus der akzessorischen Natur der Teilnahme abzuleiten. Die Aus-

führungen Liszts hierüber sind bei ihrer allgemeinen Fassung nicht durchweg zutreffend.

Liszt sagt: (S. 215) „. . . Der Wohltat des § 46 können sich Anstifter und Gehilfen nicht durch Nichtvollendung der Handlung nach § 46 Z. 1 teilhaft machen; denn hatten sie ihre Handlung noch nicht beendet, so waren sie überhaupt noch nicht strafbar geworden . . .“

(S. 232) „Der Anstifter wie der Gehilfe bleibt straflos, wenn er selbst, sei es durch psychische, sei es durch physische Einwirkung, das Zustandekommen der strafbaren Handlung verhindert („Widerruf genügt nicht“). Auch dieser Satz ergibt sich aus der unselbständigen Natur der Teilnahme und ist nicht als Rücktritt vom nicht beendeten Versuch nach § 46 Z. 1 aufzufassen. Dagegen kann sich, wenn beendeter Versuch vorliegt, der Anstifter allerdings ebenso wie der Gehilfe durch freiwillige Abwendung des Erfolges (§ 46 Z. 2) einen Strafaufhebungsgrund für seine Person sichern.“

Richtig ist, daß der Teilnehmer durch Rücktritt vom beendeten Versuch sich Straflosigkeit sichern kann.

Ebenso ist der erste Satz unbedenklich richtig, wenn es sich bloß um einen — nach der allgemeinen Ansicht straflosen — Versuch der Teilnahme handelt, unter der Voraussetzung, daß es auf Grund der nicht beendeten Tätigkeit des Teilnehmers zu einem verbrecherischen Versuch seitens des Täters überhaupt nicht gekommen ist, wie dies immer der Fall ist bei der nicht zu Ende durchgeführten Anstiftung. Die Beihilfe dagegen kann, sofern seitens des Täters bereits mit der Ausführung begonnen wurde, somit die Voraussetzung für die Strafbarkeit der Teilnehmer überhaupt gegeben ist, sehr wohl schon strafbar sein, sobald einmal eine Gehilfentätigkeit entfaltet ist, und es

ist für die Strafbarkeit des Gehilfen durchaus nicht erforderlich, daß er die Beihilfe zu Ende durchgeführt hat.

Noch bedenklicher in seiner allgemeinen Fassung ist der Satz, daß bei Verhinderung der verbrecherischen Handlung durch den Teilnehmer dessen Straflosigkeit aus der akzessorischen Natur der Teilnahme resultiere. Dies ist nämlich wiederum dann — aber auch nur dann! — richtig, wenn der Täter noch nicht mit der Ausführung des Verbrechens begonnen hat, somit überhaupt die Basis für die Bestrafung der Teilnehmer fehlt. Wenn dagegen der Täter bereits Versuchshandlungen vorgenommen hat, so kann mit Rücksicht darauf, daß — gerade auch nach der Anschauung Liszts! — der Rücktritt nur als persönlich wirkender Strafausschließungsgrund aufzufassen ist, doch nicht die akzessorische Natur der Teilnahme als Grund der Straflosigkeit des zurücktretenden Teilnehmers geltend gemacht werden! Die unselbständige Natur der Teilnahme könnte dem zurücktretenden Teilnehmer höchstens dann Straflosigkeit verschaffen, wenn der Rücktritt als Schuldausschließungsgrund anzusehen wäre, und auch nur unter der weiteren Voraussetzung, daß der Täter auf Grund psychischer — nicht auch auf Grund physischer! — Einwirkung des Teilnehmers den Rücktritt vollzieht. Denn unter allen Umständen wäre hier Olshausen beizupflichten, der nur im freiwilligen Rücktritt des Täters einen Schuldaufhebungsgrund erblickt. Freiwillig ist aber der Rücktritt des Täters dann nicht mehr, wenn er durch physische Einwirkung des Teilnehmers hervorgerufen ist!

Nach alledem bergen namentlich die Ausführungen Hatzigs einen inneren Widerspruch in sich, insofern als Hatzig einerseits den Rücktritt für einen bloß

subjektiv wirkenden Strafausschließungsgrund hält, andrerseits doch die Straflosigkeit der Teilnahme damit begründet, „daß jeder Teilnehmer imstande sei, die Tat zu negieren". Denn wer den Grund der Straflosigkeit in einem Negieren der Tat, also in einer Wiederaufhebung der verbrecherischen Tatbestandsmerkmale erblickt, kommt mit Notwendigkeit zu dem Ergebnis, daß ein objektiver Schuldausschließungsgrund vorliege!

Zum mindesten lassen die Ausführungen von Liszt und Hatzig an Deutlichkeit zu wünschen übrig, und die Frage, ob und aus welchem Grunde der Teilnehmer auch von einem schon im Stadium des nicht beendeten Versuchs befindlichen Verbrechen noch erfolgreich zurücktreten kann, bleibt nach wie vor offen.

Die Mehrzahl der Ansichten billigt dem Teilnehmer, welcher unter den Voraussetzungen des § 46 zurücktritt, in jedem Falle Straflosigkeit zu, freilich unter der verschiedenartigsten, teilweise nicht einwandfreien Begründung.

R. Herzog[1]) leitet die Straflosigkeit des zurücktretenden Teilnehmers in erster Linie aus der von ihm aufgestellten Konstruktion der Teilnahme ab:

„Unsere — hier nicht näher zu begründende — ratio decidendi ist: Teilnahme i. S. d. G. liegt überhaupt erst dann vor, wenn, soviel am Teilnehmer lag, die Tat zur Vollendung gedieh, d. h. der Deliktsschade i. S. d. G. eintrat."

Negativ ausgedrückt heißt das: Strafbare Teilnahme liegt erst dann vor, wenn es der Teilnehmer, soviel an ihm lag, unterlassen hat, die Vollendung der Tat

[1]) S. 266.

zu verhindern. Dieses Resultat ergibt sich nun allerdings ganz folgerichtig aus der von Herzog vertretenen Ansicht, daß der Rücktritt negatives Tatbestandsmerkmal des Versuchs sei. Denn wenn der Versuch nur strafbar sein soll, sofern ein strafbefreiender Rücktritt nicht vorliegt, so kann auch die Teilnahme an einem Versuch und damit die Teilnahme überhaupt erst dann strafbar sein, wenn der Teilnehmer die Möglichkeit des Rücktritts von seiner verbrecherischen Mitwirkung aus der Hand gegeben hat. Die Begründung Herzogs wurzelt also wiederum in der bereits oben bekämpften Auffassung, daß der Rücktritt negatives Begriffsmerkmal des Versuchs sei. Da sich aber diese Anschauung mit dem positiven Recht nun einmal nicht in Einklang bringen läßt, so fallen mit derselben auch die an sich folgerichtig gezogenen Konsequenzen von selbst in sich zusammen.

Vielfach wird die Analogie herangezogen, um mit ihrer Hilfe auch dem Teilnehmer die Straflosigkeit des § 46 zu sichern; so namentlich Geyer (Holtz. H. II, S. 371), Merkel (S. 134, 135), Finger (S. 320), und mit ausführlicher Begründung Frank (zu §§ 46, 2).

Demgegenüber wird von anderer Seite freilich nicht mit Unrecht betont, daß Analogie im Strafrecht im allgemeinen als ein bedenkliches Interpretationsmittel anzusehen ist. So namentlich H. Meyer[1]), der zwar die Analogie verwirft, von einer anderweitigen Begründung aber absieht und die Anwendbarkeit des § 46 auf den Rücktritt des Teilnehmers einfach für selbstverständlich erklärt. Im übrigen gehen die meisten, welche die Straflosigkeit des § 46 auch dem Teilnehmer zubilligen, mit

[1]) S. 227.

kurzen Bemerkungen über die Sache hinweg; so Berner, Janka, Oppenhoff, Schwarze.

Hälschner und namentlich Meves[1]) nehmen das Wort „Täter“ in einem weiteren Sinne und wollen darin auch den Teilnehmer inbegriffen wissen. An sich könnte dieser Interpretation das Wort geredet werden, wenn damit alle Schwierigkeiten gelöst wären. Denn wie Meves richtig ausführt, zwingt das Gesetz nicht dazu, „Täter“ unbedingt im engeren Sinne zu nehmen und darunter nur den physischen Urheber der Tat zu verstehen, da ja eine strenge Scheidung zwischen den Begriffen „Täter“ und „Teilnehmer“ im Gesetz selbst nicht durchgeführt, vielmehr auch der Mittäter als Teilnehmer bezeichnet ist (§§ 47, 50), während er in Wirklichkeit doch physischer Urheber ist und daher als Täter im engeren Sinne anzusehen wäre. Demgegenüber wird freilich vielfach der Vorwurf erhoben, daß mit einer derartigen Interpretation eine bedenkliche Begriffsverwirrung im Str.G.B. einreißen würde. Wie Herzog sen.[2]) zutreffend bemerkt, „ist aber dieser Einwand nicht stichhaltig, da die innere Folgewidrigkeit wichtiger Dispositionen dem Gesetzgeber gewiß zum schwereren Vorwurf gereichen würde als ein hin und wieder ungenauer sprachlicher Ausdruck und bezüglich eine schwankende Terminologie, um so mehr als letzterer Vorwurf dem Gesetzgeber ohnehin nicht erspart bleiben kann.“ Herzog sen. hält es eben schlechterdings für ein Nonsens, daß der Haupttäter der Wohltat des § 46 sich erfreuen sollte, nicht aber der Teilnehmer!

Es fragt sich nun, ob damit, daß man das Wort

---

[1]) Goltdammers Archiv, Bd. 37, S. 409.

[2]) Gerichtssaal, Bd. 24, S. 458.

„Täter“ im weiteren Sinne nimmt, wirklich auch schon alle Schwierigkeiten gelöst sind. Hälschner nimmt das ohne weiteres an; allein so einfach ist die Sache denn doch nicht. Die Fassung der Z. 2 des § 46 ermöglicht damit allerdings eine befriedigende Lösung, nicht aber Z. 1. Hier bereitet das Wort „Ausführung“ Schwierigkeiten[1]). Denn wollte man die Anwendbarkeit des § 46 Z. 1 auf die Teilnehmer schlechthin darauf stützen, daß man „Täter“ in einem weiteren Sinne auffaßt, so müßte man auch der Tätigkeit des Täters, dem „Ausführen“ eine weitere Bedeutung beilegen. Ein Verbrechen „ausführen“ wäre dann gleichbedeutend mit: ein Verbrechen „begehen“. Allein eine derartige Interpretation ginge denn doch zu weit und hier wäre gewiß der Vorwurf berechtigt, daß damit einer der wichtigsten strafrechtlichen Begriffe einer unsicheren und schwankenden Auslegung verfallen würde, die dem Gesetze zweifellos widerspräche. Denn wie sich aus den §§ 43, 47 ergibt, versteht das Str.G.B. unter „Ausführung“ nichts anderes als die Verwirklichung des eigentlichen verbrecherischen Tatbestands, die nur von einem Täter im engeren Sinn vorgenommen werden kann.

Meves, der die Frage nur bezüglich des Anstifters behandelt, hat sich über diese aus der Fassung der Z. 1 entspringende Schwierigkeit damit hinweggeholfen, daß er meint, der Anstifter, dessen Tätigkeit erst im Zusammenhalt mit der Verbrechensurheberschaft strafrechtliche Bedeutung gewinne, sei im Sinne eines intellektuellen Urhebers aufzufassen. Wie ihm die „Ausführung“ als eine in seiner Person strafbare Tat-

[1]) Herzog sen., Gerichtssaal, Bd. 24, S. 457; oben S. 29; neuerdings: Finger, S. 320.

sache zugerechnet werde, so müsse ihm auch das „Aufgeben der Ausführung“ als strafbefreiende Tatsache zugerechnet werden.

Allein diese Erklärung paßt eben höchstens für den Anstifter, den Meves speziell im Auge hat, sie versagt aber völlig gegenüber dem Gehilfen. Denn wenn man sich auch dazu verstehen wollte, mit Meves zu sagen, der Anstifter führe die Tat vermöge und mittels des Täters aus — kühn ist diese Konstruktion jedenfalls, da ja der Täter selbständig handelt und nicht bloß Werkzeug des Anstifters ist —, so ist doch bezüglich des Gehilfen eine ähnliche Interpretation schlechterdings unmöglich. Denn der Gehilfe hilft eben nur bei, er „führt aber nicht aus“, kann also auch unter keinen Umständen „die Ausführung aufgeben“. Ebensowenig kann die Ausführung des Täters bezw. das Aufgeben derselben dem Gehilfen als in seiner Person wirkende Tatsache zugerechnet werden.

Diese Schwierigkeit hat denn auch dazu geführt, daß manche gegenüber der Fassung des § 46 Z. 1 die Waffen gestreckt und nur Z. 2, nicht auch Z. 1 auf den Rücktritt des Teilnehmers für anwendbar erklärt haben. Das Unlogische dieser Ansicht ist bereits oben (S. 29) beleuchtet worden.

Sollte es wirklich keinen Ausweg geben? Das Folgende wird zeigen, daß ein solcher möglich ist.

Dem „Täter“ sichert § 46 unter gewissen Voraussetzungen Straflosigkeit zu. An sich ist ja nun gewiß der Gedanke naheliegend, daß damit nur dem Täter Straflosigkeit verheißen sein solle, im Gegensatz zum Teilnehmer, auf den sich die prägnante Fassung des Gesetzes nicht beziehen könne. Wie oben ausgeführt, hat diese Ansicht tatsächlich verschiedene Anhänger

gefunden. Allein eine derartige Interpretation ist denn doch gegen alle Logik und entspricht unter keinen Umständen dem Geist des Gesetzes!

Die Tendenz des Gesetzes führt vielmehr zu einem ganz entgegengesetzten Resultate. Wie oben des Näheren dargetan, beruht § 46 auf kriminalpolitischen Erwägungen und geht davon aus, daß durch Verheißung der Straflosigkeit bei freiwilligem Rücktritt der nicht genügend erstarkten Verbrechensenergie Rechnung getragen werden soll, daß dadurch die Gegenmotive gegen den verbrecherischen Trieb gestärkt werden sollen, und daß auf diese Weise eine Minderung in der Zahl der Verbrechen erzielt werden soll. Mit einer nicht genügend erstarkten Verbrechensenergie, auf welche Gegenmotive noch einzuwirken vermögen, rechnet also das Gesetz. Gerade beim Teilnehmer ist aber die verbrecherische Energie geringer als beim Täter, da er sich mit einer mehr oder minder untergeordneten Rolle begnügt, die Hauptrolle aber dem Täter überläßt. Gerade vom Teilnehmer ist also um so eher zu erhoffen, daß er zurücktritt und einen verbrecherischen Erfolg abwendet, sofern auch ihm die Prämie der Straflosigkeit winkt! Diese rein kriminalpolitischen Erwägungen führen daher mit logischer Notwendigkeit dazu, wenn schon dem Täter, so erst recht dem Teilnehmer Straflosigkeit für den Rücktritt zuzubilligen. Täterhandlung und Teilnehmerhandlung sind eben als eine Einheit, als ein Verbrechenskomplex zu betrachten; der „Täter“ aber ist anzusehen als Inbegriff der intensivsten Verbrechensenergie, Verbrechensverschuldung und Verbrechensbetätigung, und in dieser höchsten Potenz verbrecherischen Wollens und Handelns ist die Teilnahme dem Grade nach mit umschlossen.

Darin liegt keine Analogie und keine extensive Auslegung, vermöge deren die Anwendbarkeit des § 46 vom Täter auch auf die Teilnehmer ausgedehnt wird; vielmehr erscheint durch ein unbedenkliches argumentum a maiore ad minus die Straflosigkeit, welche vom Gesetz der höchsten Verbrechenspotenz, dem Täter, zugebilligt ist, damit implicite auch dem Teilnehmer als dem schwächeren Grade verbrecherischer Betätigung zugebilligt.

Eine derartige Deduktion ist durchaus logisch, entspricht völlig dem Geist des Gesetzes und wird allen Fällen der Teilnahme gerecht; jedenfalls ist es nicht angängig, sie mit so kurzen Worten zu verwerfen, wie Hatzig[1]) dies tut, ohne eine Begründung auch nur zu versuchen.

Für die eben dargelegte Argumentation spricht sich auch R. Herzog[2]) aus, freilich erst in zweiter Linie, da er primär die Straflosigkeit des zurücktretenden Teilnehmers direkt aus der Teilnahme abzuleiten versucht. Darüber ist bereits oben[3]) gehandelt.

Teilweise die gleichen kriminalpolitischen Erwägungen stellt auch Meves[4]) an, bloß unterläßt er es, die logischen Konsequenzen daraus zu ziehen, wohl deshalb, weil er für den straflosen Rücktritt des Anstifters eine befriedigende Erklärung bereits gefunden zu haben glaubt.

Welches sind nun im allgemeinen die Voraussetzungen, unter welchen dem zurücktretenden Teil-

---

[1]) S. 57.
[2]) S. 266.
[3]) S. 32.
[4]) Goltdammers Archiv, Bd. 37, S. 409.

nehmer die Straflosigkeit des § 46 zugebilligt werden kann?

Auszugehen ist hierbei vom Rücktritt des Alleintäters, den § 46 zunächst im Auge hat. Der Alleintäter, der die auf den verbrecherischen Erfolg abzielenden Bedingungen alle selbst setzt, tritt zurück, indem er das Fortwirken derselben aufhebt und so den verbrecherischen Erfolg nicht eintreten läßt. Beim unbeendeten Versuch hat der Alleintäter noch nicht alle Bedingungen für den Eintritt des Erfolges gesetzt, sondern nur einen Teil; der Rücktritt vollzieht sich hier in der Weise, daß der Täter „die Ausführung aufgibt", d. h. davon absteht, die weiteren noch notwendigen Bedingungen zu setzen, und so das bisher Gesetzte unwirksam macht. Beim beendeten Versuch dagegen sind alle Bedingungen gesetzt und nur der Erfolg steht noch aus. Hier ist also eine entgegengesetzte Tätigkeit notwendig, „um den Eintritt des Erfolges abzuwenden".

Der Teilnehmer setzt nun im Gegensatz zum Alleintäter nicht alle verbrecherischen Bedingungen, sondern nur einen Teil derselben.

Anschließend an all das wird also dem Rücktritt des Teilnehmers dann Straflosigkeit zuzubilligen sein, wenn der Teilnehmer mindestens diejenigen Bedingungen, welche er für den Eintritt des verbrecherischen Erfolges gesetzt hat, unwirksam macht, nicht zwar in dem Sinne, daß er sie mit rückwirkender Kraft annulliert — denn das kann er nicht —, wohl aber in der Weise, daß er das Fortwirken des von ihm Gesetzten aufhebt.

Freilich wird es für den vom unbeendeten Versuch zurücktretenden Teilnehmer in den wenigsten

Fällen genügen, wenn er seine Tätigkeit schlechthin „aufgibt". Das bloße Aufgeben wird nur dann ausreichend sein, wenn damit zugleich den anderen an der Tat Beteiligten die Durchführung des Verbrechens unmöglich gemacht wird[1]).

Beispiel: A ist mit anderen nachts in ein Warenhaus eingedrungen, um einen dort befindlichen Kassenschrank zu erbrechen. Dem mit den Örtlichkeiten wohl vertrauten A obliegt es, die anderen in den Geschäftsraum zu führen, in welchem sich der Geldschrank befindet. A ändert jedoch im letzten Augenblick, da er seine Genossen schon in die Nähe der Kasse geführt hat, seine Gesinnung und will nichts mehr von dem Vorhaben wissen. Er entfernt sich; die anderen Beteiligten aber, der Örtlichkeiten unkundig, finden den Schrank nicht und müssen unverrichteter Dinge wieder abziehen.

Abgesehen von derartigen Ausnahmefällen wird der Teilnehmer positiv eingreifen müssen, um den Versuch zu hindern. Denn mit dem bloßen Aufgeben der bisherigen Tätigkeit macht im Gegensatz zum Alleintäter der Teilnehmer nicht unter allen Umständen das bisher von ihm Gesetzte unwirksam; dasselbe würde im Gegenteil meistens in Verbindung mit den durch den Täter und andere Teilnehmer gesetzten Bedingungen weiter wirken, wenn der Teilnehmer nicht noch durch besondere positive Maßnahmen das Fortwirken verhinderte. Gleichwohl wäre es aber durchaus verfehlt, in diesen Fällen dem Teilnehmer die Möglichkeit des Rücktritts nach § 46 Z. 1 abzusprechen und ihn etwa nach § 46 Z. 2 zu beurteilen. Denn wie oben dar-

[1]) S. auch S. 46, 54.

getan, liegt das Wesentliche beim Rücktritt des Alleintäters vom unbeendeten Versuch nicht in dem Aufgeben seiner bisherigen Tätigkeit schlechthin, sondern in dem dadurch erzielten Unwirksammachen des bisher Gesetzten. Wenn nun der Teilnehmer in gleicher Weise wie der Täter die Voraussetzungen des § 46 Z. 1 erfüllt, so wird er auch dann sich darauf berufen dürfen, wenn sein Rücktritt nicht bloß ein Aufgeben der bisherigen Tätigkeit, sondern ein positives Entgegenwirken erheischte. Maßgebend für die jeweiligen Voraussetzungen des Rücktritts wird es also sein, ob der Versuch des Verbrechens, an welchem der Teilnehmer mitgewirkt hat, sich als ein unbeendeter oder beendeter darstellt.

Ganz selbstverständlich hat der Teilnehmer die Voraussetzungen des § 46 erfüllt, wenn er freiwillig und rechtzeitig nicht bloß das von ihm, sondern auch das von den andern Beteiligten Gesetzte unwirksam macht, wenn er also den verbrecherischen Erfolg überhaupt vereitelt; denn damit wirkt er ja in einem höheren Grade gegen den Eintritt des Verbrechenserfolges, als er ursprünglich für denselben gewirkt hatte, er sühnt also, wenn dieser Ausdruck gestattet ist, gewissermaßen mehr als er verschuldet hat. Meist wird ja der Rücktritt des Teilnehmers sich darin äußern und wirksam nur darin äußern können, daß der Teilnehmer den Eintritt des verbrecherischen Erfolges überhaupt hindert. Natürlich greift dann auch hier das allgemeine Prinzip Platz, daß der Rücktritt nur höchstpersönlich wirkt, also hier nur dem zurücktretenden Teilnehmer, nicht auch den übrigen, welche bei dem Versuche mitgewirkt haben, zugute kommt.

Faßt man nun den Wortlaut des Gesetzes, der bei seiner nicht einwandfreien Fassung mannigfache Schwierigkeiten bereitet, ins Auge, so läßt sich nach den bis-

herigen Darlegungen aus dem § 46, der speziell den Alleintäter umfaßt, bezüglich der Teilnehmer folgender Satz gewissermaßen auslösen:

Der Versuch (des Teilnehmers) als solcher bleibt straflos, wenn der „Teilnehmer“:

1. „seine bisherige Tätigkeit“ bei der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an „dieser Tätigkeit“ durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, „und wenn er wenigstens auch die Wirkungen dieser seiner Tätigkeit aufgehoben hat“, oder

2. zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges „wenigstens insoweit, als ihm dieser Erfolg zuzurechnen wäre“, durch eigene Tätigkeit abgewendet hat.

Hierbei ist folgendes noch bemerkenswert:

Das Erfordernis der Z. 2, daß der Zurücktretende den Erfolg „durch eigene Tätigkeit“ abwenden müsse, ist nicht in der Weise aufzufassen, als ob damit unter allen Umständen ein höchstpersönliches aktives Eingreifen des zurücktretenden Teilnehmers behufs Abwendung des Erfolges zur Bedingung gemacht wäre. Vielmehr entspricht es dem Geist des Gesetzes, nicht am Buchstaben hängen zu bleiben, sondern „eigene Tätigkeit“ auch dann als gegeben zu betrachten, wenn der Zurücktretende fremde Kräfte, seien es Naturkräfte, sei es die Hilfe Dritter, zur Erfolgsabwendung benützt; ebenso ist es auch als eigene, den Erfolg abwendende Tätigkeit des Teilnehmers aufzufassen, wenn er den Täter durch psychische Einwirkung zur Abwendung des Erfolges veranlaßt. Namentlich ist dann, wenn der Zurücktretende zur Abwendung des Erfolges freiwillig

den durch den Versuch Gefährdeten oder auch beliebige unbeteiligte Dritte beizieht, die Tat nicht etwa als „entdeckt“ anzusehen und nicht etwa deshalb die tätige Reue wirkungslos. Denn der Versuch darf als „entdeckt“ nur dann gelten, wenn die Entdeckung gegen den Willen des Versuchenden erfolgt, nicht aber, wenn der Zurücktretende aus eigener Initiative zur Betätigung des Rücktritts andere von dem Versuch in Kenntnis setzt. Ähnlich: Liszt S. 214, Merkel S. 135, Meyer S. 215, Meves in Goltdammers Archiv Bd. 37, S. 410.

B. Der Rücktritt des Teilnehmers im einzelnen.

I. Der Rücktritt des Mittäters.

Zunächst ist bezüglich der Mittäterschaft zu bemerken, daß hier die Unterscheidung zwischen Versuch der Teilnahme — der bei der Anstiftung und Beihilfe straflos ist, — und Teilnahme am Versuch entfällt. Der Versuch der Mittäterschaft ist strafbar. Derselbe schließt in sich, daß jemand mit dem Vorsatz, gemeinschaftlich mit anderen Tätern einen verbrecherischen Erfolg herbeizuführen, Ausführungshandlungen vorzunehmen beginnt. Damit ist also der Tatbestand des § 47 und des § 43 gegeben, und es ist daher Versuch der Mittäterschaft gleichbedeutend mit Mittäterschaft an einem Versuch.

Der Rücktritt im Sinne des § 46 setzt das Vorhandensein eines strafbaren Versuchs voraus. Es ist demnach die Frage von Bedeutung, wann beim einzelnen Mittäter der strafbare Versuch der Mittäterschaft beginnt. Dies ist bestritten.

Heins[1]) ist der Ansicht, „es könne nicht gefordert

[1]) S. 4.

werden, daß jeder einzelne für sich und gleichsam körperlich einen Anfang der Ausführung (im Sinne des Gesetzes) gemacht haben müsse, sondern die Vereinigung ihrer Willen bringe es mit sich, daß ein einziger mit vereintem Willen und vereintem Handeln bewirkter Anfang der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens genügt". Also sobald einmal ein Mittäter irgend eine Ausführungshandlung vorgenommen hat, sollen damit alle anderen beteiligten Mittäter auch schon wegen Mittäterschaft straffällig sein! Diese Ansicht geht denn doch zu weit und es ist deshalb Frank durchaus beizustimmen, wenn er meint[1]): „Aus dem Wesen der Mittäterschaft als einer Haftung auch für das, was ein anderer getan, ergibt sich scheinbar die Konsequenz, daß jeder, dem verabredungsgemäß ein Teil der Ausführung zufällt, schon dann wegen Versuchs haftet, wenn nur einer mit der Ausführung begonnen hat. Diese mit allen Grundsätzen des Strafrechts in Widerspruch stehende Folgerung widerlegt sich durch die Erwägung, daß der Mittäter erst durch wirkliche Tätigkeit zum Mittäter wird!"

Die entgegengesetzte Ansicht beruht eben auf der einseitigen und übertriebenen Betonung des subjektiven Moments, des animus auctoris, ohne den objektiven Tatbestand, das tatsächliche Ausführen, genügend zu berücksichtigen.

Es ist also daran festzuhalten, daß der Versuch der Mittäterschaft beim einzelnen Mittäter jeweils erst dann beginnt, wenn er mit dem Vorsatz gemeinschaftlichen Handelns eine Ausführungshandlung vornimmt. Infolgedessen ist auch ein Rücktritt im Sinne des § 46

---

[1]) § 47, VII.

erst von diesem Zeitpunkt ab für den einzelnen möglich. Daher liegt noch kein Rücktritt vom Versuch der Mittäterschaft vor, wenn ein Beteiligter nach geschehener Verabredung, aber noch vor Beginn der von ihm beabsichtigten Ausführungshandlung seine Gesinnung ändert und davon absteht; vielmehr ist unter diesen Umständen der Betreffende als Mittäter überhaupt noch nicht straffällig geworden. Doch kann er, je nachdem er auf das Zustandekommen des verbrecherischen Erfolges hingewirkt hat, als Anstifter oder Gehilfe in Betracht kommen.

In gleicher Weise sind sämtliche, welche die gemeinschaftliche Begehung eines Verbrechens verabredet haben, von vorneherein straflos, wenn sie, bevor irgend einer von ihnen eine Ausführungshandlung vorgenommen hat, alle von der Ausführung abstehen, und es kann bei der unselbständigen Natur der Teilnahme keiner von ihnen als Gehilfe oder Anstifter bestraft werden, da ja überhaupt kein Täter existent geworden ist.

Zweifellos sichern sich auch alle Mittäter dadurch Straflosigkeit, daß sie alle miteinander vom begonnenen Versuch, gleichviel ob vom unbeendeten oder beendeten, zurücktreten, indem sie die Wirkung des bisher Ausgeführten außer Kraft setzen.

Der einzelne Mittäter kann sich durch seinen Rücktritt auf verschiedene Weise Straflosigkeit sichern:

1. Entweder tritt er der Vollbringung der Tat überhaupt entgegen. Dies ist möglich einmal durch psychische Einwirkung auf die andern Mittäter, die Ausführung aufzugeben bezw. den Erfolg abzuwenden; sodann aber auch insbesondere durch physisches Eingreifen, indem der Zurücktretende die Ausführung durch die andern hindert bezw. durch geeignete Gegenmaß-

regeln den noch ausstehenden Erfolg vereitelt. Unter Umständen genügt beim unbeendeten Versuch das bloße Aufgeben der bisherigen Ausführungstätigkeit, nämlich dann, wenn dadurch zugleich auch den übrigen Mittätern die Ausführung eo ipso unmöglich gemacht wird. Meist aber wird ein aktives Vorgehen gegenüber den andern notwendig sein.

2. Oder aber der Zurücktretende macht bloß diejenigen Bedingungen unwirksam, welche er für die Herbeiführung des verbrecherischen Erfolges gesetzt hat, ohne auch die Tätigkeit der anderen Mittäter zu hindern. Freilich wird dies nur in der Minderzahl der Fälle möglich sein, da meistens die Tätigkeit der Mittäter so ineinandergreift und sich gegenseitig ergänzt, daß ein wirksamer Rücktritt des einen Mittäters nur durch Vereitelung der gemeinschaftlich unternommenen Tat überhaupt möglich ist.

Gelingt es dem zurücktretenden Mittäter nicht, sich durch Erfüllung der diesbezüglichen Voraussetzungen Straflosigkeit zu sichern, so ist seine Strafbarkeit verschieden je nach dem Grade seiner Verschuldung und dem Erfolg:

1. Es ist möglich, daß es dem zurücktretenden Mittäter überhaupt nicht gelingt, die Wirkung seiner Tätigkeit aufzuheben. Wird unter solchen Umständen das Verbrechen von den anderen vollendet, so ist auch der Mittäter, welcher zurücktreten wollte, wegen vollendeter Mittäterschaft strafbar; gelingt dagegen den übrigen Mittätern aus Gründen, die nicht in dem Rücktritt des einen Mittäters liegen, die Vollendung des Verbrechens nicht, so ist dieser wegen versuchter Mittäterschaft strafbar.

Beispiel: A hat mit mehreren anderen verabredet,

in einem Magazin einen Einbruchdiebstahl zu verüben und das Gestohlene gleichheitlich zu verteilen. Dem A als gelernten Schlosser ist die Rolle zugefallen, die Türe des Magazins zu öffnen, damit die anderen den Diebstahl erfolgreich durchführen können. A hat die Türe geöffnet; nunmehr reut ihn aber die Tat, und er sucht infolgedessen die anderen von ihrem Vorhaben abzubringen. Dies gelingt ihm aber nicht, sondern er wird überwältigt und gebunden, damit er nicht zum Verräter werde.

I. Gelingt den andern die Ausführung des Diebstahls, so ist A trotz seiner Sinnesänderung wegen vollendeter Mittäterschaft strafbar.

II. Gelingt den andern der Diebstahl nicht, etwa weil sie verscheucht wurden, so ist A gleich den übrigen wegen versuchter Mittäterschaft strafbar.

In beiden Fällen kann bei A die Änderung seiner Gesinnung nur bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.

2. Denkbar ist, daß der Mittäter zwar erfolgreich von der Mittäterschaft zurücktritt, indem es ihm gelingt, die Wirkungen seiner Ausführungshandlungen rückgängig zu machen, daß es ihm dagegen nicht gelingt, die sonstigen Bedingungen, welche er etwa noch zur Erzielung des verbrecherischen Erfolges gesetzt hatte, unwirksam zu machen. Unter solchen Umständen kann er als Anstifter oder Gehilfe strafbar bleiben[1]) und zwar je nachdem die Tat gelang oder nicht, wegen Anstiftung oder Beihilfe zum vollendeten bezw. versuchten Verbrechen.

Beispiel: A hat den B und C dazu bestimmt, mit

---

[1]) Ähnlich Olshausen zu § 47, Note 27.

ihm in einem Magazin einen Einbruch zu verüben. A öffnet die Türe des Magazins mittels Nachschlüssels, schließt dann aber, von Reue befallen, wieder ab und entfernt sich mit der Erklärung, daß er nichts mehr von dem Vorhaben wissen wolle. B und C, denen A vordem den Einbruch als sehr rentabel ausgemalt hatte, sprengen nunmehr die Türe auf und führen den Diebstahl aus. Hier ist A von der Mittäterschaft mit Erfolg zurückgetreten, bleibt aber gleichwohl als Anstifter strafbar.

Die Grenze für die Möglichkeit des Rücktritts ist übrigens für die Mittäter beim beendeten Versuch eine andere als beim unbeendeten.

Beim beendeten Versuch ist der Rücktritt ausgeschlossen, sobald die Handlung objektiv entdeckt ist, und zwar gleichviel, ob der einzelne Mittäter Kenntnis hiervon hat oder nicht. Es können daher diejenigen Mittäter, welchen die Entdeckung noch nicht bekannt ist, ebensowenig mehr eine wirksame tätige Reue entfalten wie diejenigen, welchen die Entdeckung bekannt ist.

Beim unbeendeten Versuch dagegen ist es sehr wohl denkbar, daß für einen Teil der Mittäter der Rücktritt ausgeschlossen ist, weil sie an der Ausführung durch Umstände, welche von ihrem Willen unabhängig waren, gehindert worden sind, während die anderen Mittäter, deren Wille noch nicht durch äußere Umstände, insbesondere nicht durch die Hinderung ihrer Komplizen, beeinflußt ist, noch sehr wohl die Möglichkeit des Rücktritts haben können.

II. Der Rücktritt des Anstifters.

Nicht als Rücktritt (im Sinne des § 46) von der Anstiftung sind aufzufassen:

1. Das freiwillige Abstehen vom Versuch der Anstiftung, bevor es dem Anstifter gelungen ist, den Anzustiftenden zu dem verbrecherischen Entschluß zu bestimmen.

2. Die Fälle, in welchem der Anstifter den zur Begehung des Verbrechens entschlossenen Angestifteten, bevor er mit der Ausführung beginnt, davon abhält.

In diesen Fällen sichert sich der Anstifter nicht Straflosigkeit für ein an sich strafbares Beginnen, sondern ist wegen der akzessorischen Natur der Anstiftung überhaupt noch nicht straffällig geworden, da noch keine strafbare Täterhandlung vorliegt. Die Strafbarkeit des Anstifters beginnt vielmehr erst mit der ersten Ausführungshandlung des angestifteten Täters; erst von diesem Augenblick ab ist daher ein eigentlicher Rücktritt des Anstifters denkbar[1]).

An und für sich hat der Anstifter die Möglichkeit des Rücktritts, solange sich das unternommene Verbrechen im Stadium des, sei es unbeendeten, sei es beendeten Versuchs befindet. Ausgeschlossen ist daher der Rücktritt des Anstifters:

1. Wenn der Täter allein zurückgetreten ist, weil damit auch die Bedingungen, welche der Anstifter für den Erfolg gesetzt hatte, unwirksam geworden sind.

2. Wenn der Rücktritt des Täters ausgeschlossen ist, also insbesondere beim beendeten Versuch, wenn die Handlung entdeckt ist, beim unbeendeten Versuch,

---

[1]) A. M. Olshausen, § 48, Note 33.

wenn der Täter durch äußere Umstände an der Ausführung gehindert worden ist.

Daraus ergibt sich, daß der Anstifter, welcher mehrere zur Mittäterschaft angestiftet hat, nicht mehr erfolgreich zurücktreten kann, sobald bei einem der Mittäter freiwilliger Rücktritt vorliegt oder der Rücktritt ausgeschlossen ist.

Bestritten ist, welches die Bedingungen sind, unter denen sich der Anstifter Straflosigkeit sichern kann.

Vielfach wird es für genügend erachtet, wenn der Anstifter dem Angestifteten gegenüber seine Sinnesänderung erklärt und so die Anstiftung zurücknimmt, indem schlechthin die Grundsätze über das Mandat auf die Anstiftung angewendet werden. Allein diese Anschauung ist zweifellos unrichtig. Das Verhältnis des Anstifters zum Angestifteten ist kein bloßes Auftragsverhältnis. Vielmehr besteht die Anstiftung in einem psychischen Einwirken auf den Anzustiftenden, damit dieser den vom Anstifter gewollten verbrecherischen Entschluß fasse und ausführe. Diese psychische Einwirkung kann aber nicht durch einen bloßen Widerruf außer Kraft gesetzt werden.

Die bloße Zurücknahme der Anstiftung genügt also nicht; vielmehr muß der Anstifter die Tat selbst, soweit sie sich als Ergebnis der Anstiftung darstellen würde, hindern[1]). Dies ist einmal möglich durch psychische Einwirkung auf den Täter, daß dieser den Rücktritt vollzieht; oder aber der Anstifter betätigt seine Sinnesänderung durch physisches Eingreifen, indem er den Täter an der weiteren Ausführung hindert

[1]) So die meisten; insb. Geyer in H. H. Bd. 2, S. 371, Finger, S. 324; Oppenhoff, § 48, Note 51.

bezw. den Erfolg durch geeignete Gegenvorkehrungen abwendet. Wie oben (S. 41) im allgemeinen ausgeführt, ist für die Frage, ob der Rücktritt des Anstifters nach § 46 Z. 1 oder Z. 2 zu beurteilen ist, jeweils maßgebend, ob das Verbrechen sich als unbeendeter oder beendeter Versuch darstellt. Es ist also namentlich auch das durch positives Einschreiten bewirkte Hindern des unbeendeten Versuchs seitens des Anstifters nach § 46 Z. 1 zu beurteilen. In allen Fällen kann sich, wie bereits oben (S. 42) im allgemeinen erörtert, der Anstifter der Mitwirkung und Beihilfe beliebiger Dritter zur Durchführung seiner Maßnahmen bedienen.

Bar[1]) gesteht dem Anstifter dann keine Straflosigkeit zu, wenn er den angestifteten Täter an der Vollendung hindert. Der Angestiftete sei in diesem Fall strafbar, weil er ja nicht freiwillig zurückgetreten sei. Da nun der Anstifter auch für den Versuch hafte, dessen sich der Angestiftete schuldig mache, müsse er in diesem Falle bestraft werden.

Diese Ansicht widerspricht, wie Bar selbst zugibt, durchaus dem Rechtsgefühl; sie ist aber auch juristisch nicht gerechtfertigt. Wenn nämlich der Anstifter für den Versuch des Angestifteten haftet, so schließt das keineswegs aus, daß er sich einen persönlichen Strafausschließungsgrund zu sichern vermag, indem er die Wirkung des durch die Anstiftung Gesetzten aufhebt. Ob das mit dem Willen des Angestifteten geschieht oder gegen den Willen desselben, ist für die Straflosigkeit des Anstifters bedeutungslos.

Mißlingt dem Anstifter die Rückgängigmachung der Anstiftung, so bleibt er strafbar, mag seine Sinnes-

[1]) S. 63.

änderung noch so augenscheinlich sein. Wird demnach das Verbrechen vom Täter ausgeführt, so ist auch der Anstifter wegen des vollendeten Verbrechens zu bestrafen; gedeiht dagegen das Verbrechen nicht über den Versuch hinaus, so ist der Anstifter mit der Versuchsstrafe zu belegen. Bei der Strafzumessung freilich wird wiederum der Wandel in seiner Gesinnung in Erwägung zu ziehen sein.

Möglich ist, daß der Angestiftete die Tat vollbringt, zu welcher ihn der Anstifter veranlaßt hatte, daß dieselbe jedoch nicht als Resultat der psychischen Einwirkung des Anstifters anzusehen ist, weil der Kausalzusammenhang zwischen Erfolg und Anstiftung fehlt. In diesem Fall ist der Anstifter als solcher straflos; doch kann er unter Umständen wegen Beihilfe strafbar sein, wenn es ihm nicht gelang, auch die diesbezügliche Wirkung seiner vormaligen Beteiligung am Verbrechen zu beseitigen.

Beispiel: A ist erbittert, daß die Geliebte des B, die C, seinen Liebeswerbungen widersteht. Um sich zu rächen, zeigt er dem B einen angeblichen Brief der C, worin diese den A ihrer Liebe versichert, stiftet den von Eifersucht erfüllten B an, die C zu vergiften, und gibt ihm sogar das erforderliche Gift hierzu. Bald darauf reut dem A sein Beginnen. Er begibt sich zu B und sucht ihn von dem Mordplan abzubringen, indem er ihm versichert, daß an der angeblichen Untreue seiner Geliebten kein wahres Wort sei. Auf die Erwiderung des B, er habe der C das Gift bereits beigebracht, dringt A in B, der C sofort ein mitgebrachtes Gegengift zu geben und so ihren Tod zu verhüten. B erklärt jedoch dem A, er gebe der C das Gegengift nicht. Zwar habe ihn die C, bevor er sie vergiftet habe, hin-

länglich davon überzeugt, daß seine Eifersucht völlig unbegründet gewesen sei; gleichwohl habe er ihr das Gift beigebracht, da sie ihm mitgeteilt habe, daß sie von ihm guter Hoffnung sei. A begibt sich nun eiligst zur C, um sie mittels des Gegengifts zu retten. Er kommt aber zu spät; die C ist dem Gift bereits erlegen.

Hier ist A als Anstifter straflos, dagegen als Gehilfe strafbar. Denn der Tod der C ist nicht das Resultat der Anstiftung, sondern nur der Beihilfe des A, welcher dem B das Gift zum Zwecke der Tötung der C gegeben hatte, den Erfolg aber nicht mehr rechtzeitig hindern konnte.

Auch der Rücktritt des Anstifters kommt an sich nur diesem zugute, nicht auch dem Täter. Doch kann natürlich der Täter sich gleichfalls Straflosigkeit sichern, wenn er mit dem Anstifter zurücktritt; namentlich also sind beide straflos, wenn der Täter sich vom Anstifter dazu bestimmen läßt, die weitere Ausführung der Tat aufzugeben bezw. den ausstehenden Erfolg abzuwenden.

III. Der Rücktritt des Gehilfen.

Auf den Rücktritt des Gehilfen finden die bisherigen Ausführungen zum Teil sinngemäße Anwendung.

Die Strafbarkeit der Beihilfe beginnt erst mit der Ausführung der Handlung durch den Täter; daher kann erst von diesem Augenblick an von einem eigentlichen Rücktritt des Gehilfen gesprochen werden[1]).

Wie beim Anstifter, so genügt auch beim Gehilfen nicht die bloße Erklärung der Sinnesänderung an den Täter, sondern der Wandel der Gesinnung muß durch

[1]) A. M. Olshausen, § 49, Note 30.

Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen in die Tat umgesetzt werden:

1. Entweder hindert der Gehilfe das Zustandekommen der Tat überhaupt. Dies ist einmal möglich durch psychische Einwirkung auf den Täter dergestalt, daß dieser den Rücktritt vollzieht; oder aber der Gehilfe betätigt den Rücktritt selbst durch physische Maßnahmen. Beim beendeten Versuch muß er also letzterenfalls durch eigene Tätigkeit den Erfolg abwenden. Wie oben (S. 42) ausgeführt, kann er sich hierzu der Hilfe Dritter bedienen. Beim unbeendeten Versuch genügt unter Umständen ein bloßes Aufgeben, nämlich dann, wenn daraus für den Täter die Unmöglichkeit entspringt, die Tat durchzuführen, z. B. wenn der Gehilfe bei einem Notzuchtsversuch die Frauensperson, die er festhalten sollte, losläßt, sodaß sich dieselbe aus eigener Kraft erfolgreich gegen die Vergewaltigung seitens des Täters zu erwehren vermag. Derartige Fälle sind jedoch selten; meist muß, wie oben (S. 40) dargelegt, der Gehilfe auch beim unbeendeten Versuch aktiv eingreifen und die Tat hindern, um die Wirkung seiner bisherigen Gehilfentätigkeit aufzuheben. Wenn also in dem eben angeführten Beispiel die Frauensperson sich des Täters nicht zu erwehren vermöchte, etwa deshalb, weil ihr die Kräfte zu versagen beginnen, so wäre der Rücktritt des Gehilfen nur dann wirksam, wenn derselbe den Täter an der Vergewaltigung hindert.

Bar[1]) gesteht, ebenso wie dem Anstifter, auch dem Gehilfen Straflosigkeit nicht zu, wenn er den Täter durch physische Gewalt an der Vollendung hindert. Diese Anschauung darf durch die oben (S. 51) bezüglich

[1]) S. 78.

des Anstifters gemachten Ausführungen als widerlegt gelten.

2. Unter Umständen ist ein strafbefreiender Rücktritt des Gehilfen denbkar, wenn es demselben gelingt, seine bisherige Gehilfentätigkeit allein unwirksam zu machen.

Dies wird aber nur in ganz vereinzelten Fällen überhaupt möglich sein. Ausgeschlossen ist ein derartiger Rücktritt zunächst bei der psychischen Beihilfe (wie bei der Anstiftung). Denn die psychische Beihilfe besteht entweder in einem Einwirken auf den Intellekt des Täters, in der Verschaffung der Sachkenntnis zur Herbeiführung eines konkreten verbrecherischen Tatbestandes, oder in einer Aufmunterung des zur Begehung des Verbrechens entschlossenen Täters; eine solche Einwirkung kann aber nicht durch eine bloße Gegenerklärung wieder ausgelöscht werden[1]).

Aber auch der physische Gehilfe kann in dieser Weise nicht mehr zurücktreten, wenn ein beendeter Versuch vorliegt; denn hier hat sich das von dem Gehilfen Gesetzte mit der Ausführung des Täters zu einer historischen Einheit verbunden, sodaß an eine Loslösung nicht mehr zu denken ist, der Gehilfe seinen Rücktritt also nur mehr durch Abwendung des verbrecherischen Erfolges überhaupt vollziehen kann.

Höchstens bei der physischen Beihilfe zu einem unbeendeten Versuch ist es denkbar, daß der Gehilfe seine Mitwirkung von der Tätigkeit des Haupttäters loszulösen und für sich allein unwirksam zu machen vermag, z. B. wenn der Gehilfe seine Werkzeuge dem Täter bei der Ausführung abnimmt, bevor dieser sie

---

[1]) Ähnlich Geyer, S. 400; Olshausen, § 49, N. 30.

benützt hat. Immerhin gehören derartige Fälle zu den Ausnahmen; die Regel ist, daß der physische Gehilfe auch beim unbeendeten Versuch nur durch Hinderung der verbrecherischen Tat überhaupt sich Straflosigkeit sichern kann. Daß letzterenfalls der Rücktritt des Gehilfen nach § 46 Z. 1, nicht nach Z. 2 zu beurteilen ist, wurde bereits oben (S. 41) ausgeführt.

Ebensowenig wie der Rücktritt des Täters dem Gehilfen, kommt der Rücktritt des Gehilfen dem Täter zu statten. Doch tritt für Täter und Gehilfen Straflosigkeit ein, wenn beide miteinander zurücktreten, namentlich also dann, wenn einer den anderen zum Rücktritt bewogen hat.

Ausgeschlossen ist der Rücktritt des Gehilfen (wie der des Anstifters), sobald der Täter ohne ihn freiwillig zurückgetreten ist, oder sobald der Rücktritt des Täters unmöglich geworden ist.

Mißlingt dem Gehilfen der Rücktritt, so ist er trotz seines erweislichen Bemühens zurückzutreten, strafbar, und zwar je nachdem das Verbrechen durchgeführt wurde oder nicht über den Versuch hinausging, wegen Beihilfe zum vollendeten bezw. versuchten Verbrechen. Die Strafzumessung kann freilich auch hier wiederum den Wandel der Gesinnung in weitgehender Weise berücksichtigen, sodaß die Strafe des Gehilfen unter Umständen auf ein Minimum herabsinken mag.